FONDAZIONE GUGLIELMO CASTELLI 5

OPERE

DI

CONTARDO FERRINI

VOLUME SECONDO

STUDI SULLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO

A CURA DI

EMILIO ALBERTARIO

ULRICO HOEPLI
EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA
MILANO

1929

Le scuole di diritto in Roma antica [*].

(DISCORSO INAUGURALE)

Signori,

Questa solennità accademica, che apre il corso degli studi, ha sempre per me singolari attrattive. Il ritorno alla società ambita di colleghi onorandi, l'incontro di nuove schiere di giovani, che vengono ad apprendere da noi la scienza, cui abbiamo consacrato la nostra vita, e che ricompensano coll'alacre amore del vero le nostre fatiche, sono, per chiunque sia venuto all'insegnamento per non fallace vocazione, di dolce conforto. Il pensiero del compito nostro mi ha accompagnato per tutte le vacanze; e non soltanto nella raccolta solitudine dei miei studi particolari, ma pur là in faccia alle più magnifiche scene della natura, sulle rive incantevoli dei nostri laghi, sulle creste candide e vertiginose delle nostre Alpi, quante volte non mi si presentò alla mente il ricordo della scuola, quante volte non ho meditato quali argomenti avrei trattato, come li avrei esposti a miglior profitto dei giovani, a incremento della loro cultura? Io non dissimulo, o signori, che talvolta in questa ampia e fertile pianura provo la nostalgia della montagna e l'occhio cupido va ricercando dalle mura cittadine le linee lontane dell'Appennino, che sfumano nella nebbia invernale. Un senso affatto analogo io provo, quando da tempo mi trovo lontano dall'ambiente universitario: ho bisogno di questa atmosfera di studio, di ricerca, d'insegnamento, che ci ritempra le forze intellettuali.

(*) [In *Annuario della R. Università di Modena*, Anno 1891-92].

E infatti la scuola non è solo il mezzo — necessario per i molti, utilissimo per tutti — di iniziarsi nella cognizione sicura di qualche scienza. La scuola non è meno opportuna ai maestri di quello che sia ai discepoli; i cultori del sapere hanno bisogno dell'insegnamento, che li spinge a meglio indagare e chiarire i fondamenti della loro dottrina, che tien vigile il desiderio del vero, che dà nuovi scopi e nuovi compensi al costante lavoro. La correlazione intima e forte fra la scienza e la scuola non può sfuggire che ad occhi profani; io so che là dove fiorisce la scienza, anco la scuola è in onore, io so che la scuola sorge sempre spontanea e cresce gagliarda ovunque la scienza sia nata ed abbia messo radici ben salde. Gli esempi di tale correlazione sono innumerabili: voi tutti, esimii colleghi, ne avrete presenti moltissimi tolti dalla storia delle scienze, che professate così nobilmente. Permettetemi che io mi valga di esempi presi dal campo delle mie quotidiane ricerche, dalla storia di quel diritto, che è tuttora fonte e modello per tutti i popoli civili.

Vi discorrerò brevemente, o signori, delle scuole di diritto in Roma antica. L'argomento, confido, potrà aver qualche interesse anche per quelli che non sono giuristi, ma che pur non sono estranei a quanto riguarda in genere la dottrina e la cultura.

Nelle origini sue, è risaputo, il diritto romano fu monopolio di casta. Non solo rimase tale finchè, non esistendo leggi scritte, tutto era regolato da consuetudini e da tradizioni per la loro stessa natura meno certe e definite. Ma anche dopo che la base del diritto nazionale si fissò in quel monumento insigne, che furono le dodici tavole, ogni arte d'interpretazione e di applicazione si mantenne per tradizione tenace in un corpo essenzialmente patrizio, nel collegio pontificale. E cotesta tradizione era meglio conservata per il mistero che la ravvolgeva; il calendario processuale e le formole delle azioni forensi scrupolosamente compilate, secondo la tradizione, erano gelosamente sottratti alla cognizione del pubblico. Il cittadino doveva consultare il delegato del collegio pontificale per sapere se in un giorno avrebbe o no potuto compiere atti forensi, se e quale formola avrebbe potuto usare. Voi ben vedete che qui non si può discorrere di scienza del diritto: Pomponio, l'elegante giurista del tempo di Marco Aure-

lio, parla infatti di *usus* e di *ars*, ossia di pratica e di tecnicismo, proprii di quel corpo sacerdotale.

L' arcano, in cui era avvolto il diritto, cessò inaspettatamente e in modo assai semplice colla pubblicazione del calendario e delle principali formule giudiziarie per opera di Gneo Flavio, liberto di quella eccentrica famiglia patrizia, ch'erano i Claudii. Fu messo alla portata di ognuno quanto prima si credeva impenetrabile e il popolo fu tanto grato all'editore del comodo libretto, che lo elevò a cariche cospicue, nonostante l' umile origine sua.

Il monopolio del collegium pontificum venne così naturalmente meno e uomini pertinenti a qualsiasi rango e classe si davano, ove ne sentissero l' inclinazione, a coltivare ed esercitare la giurisprudenza. È tuttavia spiegabilissimo che perdurasse una certa autorità ed esperienza nel corpo dei pontefici: le tradizioni secolari non s' arrestano immediatamente neppure in forza di eventi gravi e inattesi. Curiosissima è la notizia che il primo plebeo, che ascese al massimo pontificato, Tiberio Coruncanio, cominciò a *professare il diritto.* Il che non devesi certo intendere nel senso di un insegnamento regolare e sistematico; ma sì nel senso di prestarsi a comunicare a chiunque il richiedesse quanto aveva tuttora di meno noto e divulgato la giurisprudenza pontificale.

Il diritto divenne allora una delle più importanti occupazioni del cittadino romano. Incredibile è il favore, con cui il popolo romano ricompensava l' opera dei giuristi migliori. Ad essi il consenso generale conferisce soprannomi onorifici, quali « il Sapiente », « il Prudente », « l'Accorto »: ad essi si danno volontieri le principali cariche dello Stato: ad essi talora si concede a pubbliche spese una casa nella più frequentata posizione di Roma, perchè sia reso a tutti l' accesso comodo e opportuno. Il favore, con cui venivano celebrati gli artisti in Atene e più tardi in Firenze, ben si può paragonare a quello, che coronava le fatiche del giurisperito in Roma. E ciò è in perfetto rapporto coll' indole e la missione storica di questi popoli nobili e grandi.

Il giurista era degno di tanta considerazione. L'opera sua era affatto disinteressata; il costume rigoroso non gli concede di ricevere alcuna mercede dal proprio cliente, anche i donativi sono vietati. La sua ambizione è quella di prestare a molti il proprio ufficio; la sua casa dall'alba al tramonto rigurgita

di persone chiedenti appoggio e consiglio. Il padre di famiglia va dal perito non solo per consultarlo sopra una lite, sopra un contratto o un testamento; ma anche per sentire il suo parere sul matrimonio delle figlie, sull'impiego di un capitale e sugli altri più importanti affari. Così il giurista è immesso nella piena conoscenza della vita romana; niun lato di essa gli sfugge, e, poichè il diritto è così intimamente compenetrato alla vita, voi ben vedete quanto ciò dovesse giovare ai progressi di quello. Una scienza del diritto non era sorta ancora: tutto si trattava piuttosto per regole empiriche che per cognizione riflessa e ragionata; gli scritti erano mere raccolte casistiche, senza dimostrazioni teoretiche e senza ordine sistematico. Appunto per tali motivi non ci possiamo aspettare ancora la scuola. Lo stesso pontefice massimo Q. Muzio Scevola, nel patrio diritto peritissimo e fra tutti i consulenti contemporanei il più rinomato, *nemini ad docendum se dabat*, ossia non amava impartire un regolare insegnamento. Il giovane desideroso di coltivare il diritto entrava nello studio di un giureconsulto riputato: assisteva ai suoi consulti coi clienti, esaminava i formularii da lui tracciati, lo accompagnava al tribunale e così per via di pura esperienza veniva ad apprendere l'arte del maestro.

La vera scuola sorge — notevole a dirsi — con Servio Sulpicio, ossia con colui che, come si esprime il suo coetaneo e amico Cicerone, diede pel primo assetto sistematico e ordine scienziale alla giurisprudenza. Egli sovrattutto intese a ben chiarire e definire i concetti fondamentali, a trovare il nesso fra i singoli istituti, a coordinare logicamente tutta la disciplina. La sua scuola fu assai numerosa e da quella uscirono i giuristi, che più illustrarono gli ultimi tempi della repubblica. E probabilmente fin d'allora si fissò quel tipo di insegnamento elementare del diritto, che, sotto il nome di *istituzioni*, si mantiene tuttora nelle università moderne.

In seguito si scorge che l'insegnamento diventa quasi una nuova funzione del giurista. I giovani studiosi si affollano intorno al prudente celebrato e questo non si rifiuta a impartire la richiesta istruzione. Il più grande giurista dei primi tempi dell'impero, M. Antistio Labeone, nell'apice della sua fama e della sua autorità non sa staccarsi dalla sua scuola. E sebbene, fervente repubblicano quale egli era, si fosse per disgusto dei politici avvenimenti ritirato dalla vita pubblica,

abbandonava per sei mesi all' anno la tranquillità della villeggiatura, dove attendeva allo studio e alla composizione dei suoi vasti lavori, per venire a Roma e tenervi il solito corso di lezioni.

La scienza del diritto gode ormai il favore dei Principi. L' antica ma non per anco cessata schiera degli storici declamatori ha visto anche in ciò un atto di calcolato dispotismo; nella sua mediocrità spavalda non ha saputo mai elevarsi a intendere la missione del principato romano e i suoi ideali (1). Non ha compreso che in quella cura assidua e illuminata per rendere più omogenea, umana e fruttuosa l' amministrazione dello smisurato impero, principi avveduti e sapienti come Augusto e Tiberio non potevano sconoscere l' importanza del diritto, la necessità di una scienza giuridica, profonda ed elevata, che rispondesse in modo equo e opportuno ai così diversi bisogni, alle così diverse tendenze delle più remote provincie. Ed è così che non tarda l' impero a prendere sotto la sua protezione la scuola, la quale vien sempre più assumendo carattere ufficiale. E come la scuola di diritto a poco a poco viene, come ora vedremo, assomigliandosi nell' interna disposizione alle scuole dei rétori, così lo Stato viene accordando a quella i favori già prima a queste concessi. Alle scuole di retorica lo Stato, almeno fin dai tempi di Vespasiano, accordò pubblici locali, in cui i maestri potessero tenere le loro lezioni e dirigere le esercitazioni. Inoltre si cominciò abbastanza per tempo e retribuire con pubblico stipendio i più insigni professori; tale compenso ebbe dal governo, com' è notissimo, Quintiliano. L'insegnamento del diritto ebbe presto « auditoria » o « stationes » provveduti a cura dello Stato, e, se questo non cominciò presto a stipendiarne i maestri, ciò dovette essere in relazione con quell' altissimo concetto della « civilis sapientia » che si voleva tenere elevata sopra qualunque considerazione di proventi materiali. Bensì reputavano gli scolari obbligo proprio di contribuire al sostentamento dell'insegnante, che fosse scarso di mezzi di fortuna, e così vediamo il vecchio Sabino nella sua onoranda povertà sollevato dalle cure degli alunni.

---

(1) Pur troppo di tal pregiudizio non sono del tutto liberi scrittori valenti.

Anche nell' interno ordinamento, dicevamo, le scuole dei rétori precedono quelle dei giuristi. In queste, infatti, dopo il corso istituzionistico e, secondo ogni verosimiglianza, dopo vari corsi esegetici, si aprivano le ***disputationes***, o ***quaestiones***: esercitazioni sovra casi giuridici veri o fittizi, cui prendevano parte maestri e scolari. Tali dispute erano private (cioè v'erano ammessi i soli scolari) o pubbliche, nel qual caso chiunque poteva assistervi e parteciparvi. L' esempio delle une e delle altre è dato dalle scuole di retorica. Uomini colti, pur estranei alla scuola, si appassionavano in queste discussioni e non mancavano di intervenirvi. Così vediamo Gellio recarsi coi suoi appunti in queste stationes publice respondentium, sovrattutto quando si agitassero questioni attinenti alla storia del diritto pubblico, che rientrava nell' orbita delle sue ricerche.

Con questo singolare incremento della scuola sta in relazione il formarsi di quelle due sette di giuristi romani, che si distinguono coi nomi di proculiani e di sabiniani e che, secondo la poco attendibile testimonianza di Pomponio, dovrebbero risalire fino a Labeone e Capitone, ossia fino ai tempi di Augusto. Secondo lo stesso autore carattere della scuola proculiana sarebbe l' ardimento novatore; della sabiniana, la prudenza conservatrice. Ma l' attento esame delle varie controversie agitatesi fra esse non conferma siffatta designazione: come pur non conferma le altre proposte da moderni scrittori, di cui taluno vorrebbe riprodotte qui le tendenze degli « analogisti » e degli « anomalisti », altri va rintracciando i segni di una lotta fra realismo e idealismo! Il vero si è che sono tutte controversie staccate, senza legame sistematico fra di loro, sorte per occasionali divergenze intorno a punti singolari. Il che, s' io non erro, prova ancor meglio la potenza di quel fervore di ricerche e di studi, la forza della tradizione scolastica, la vita di quelle dispute animose. Ogni questione era oggetto di attiva indagine; ogni opinione era sottilmente esaminata e virilmente difesa.

Non solo la capitale; anco le provincie vantano i loro centri di studi giuridici. Da una provincia lontana e grecoloquente giunge la voce di Gaio; dopo la sua morte il maestro chiaro, efficace, elegante continuò ad insegnare coi suoi scritti lucidissimi e numerosi, finchè nella decadenza dell' impero questi furono elevati a testo tanto per la scuola quanto pei giudizii. E nel principio di questo secolo il dotto e sagace

alemanno, che rovistava la biblioteca capitolare di Verona, sotto la scrittura di una pergamena scorgeva le tracce di un'altra più antica; questa, riapparsa mercè opportuni reagenti chimici, ci restituiva le Istituzioni di Gaio, ossia il libro elementare di giurisprudenza contenente il corso di lui. Il provinciale pur da lontano partecipa alla vita scolastica della capitale; egli si dichiara sabiniano ardente e ben di rado accede all' opinione degli autori *diversae scholae.* E non solo la sostanza del suo libro, ma pur anche la forma segue quella de' corsi analoghi tenuti in Roma, che si erano, almeno ne' punti principali, tanto nell' una quanto nell' altra venuti fissando.

A un' età di poco posteriore risalgono le prime memorie della scuola giuridica di Berito. Gregorio il Taumaturgo, elevato alla sede episcopale di Cesarea nel 248 d. C., nel panegirico di Origene vanta con singolare compiacenza il fulgore di questa importantissima accademia nella πόλις ῥωμαικωτέρα, ossia nella città di provincia, in cui la vita romana intellettuale meglio si rispecchiava. Fu la scuola di Berito, che in certo modo salvò ai posteri il diritto romano. Se non ci fosse stato questo focolare in Oriente, Giustiniano non avrebbe trovato nè gli uomini nè i mezzi nè la coltura sufficienti per raccogliere nel Codice e nei Digesti tante reliquie dell' antica dottrina. L' accademia di Berito ci viene magnificata dagli antichi anco per lo splendore della sua sede; le statue e i marmi preziosi abbondavano tanto nell' atrio, quanto nelle aule od *auditoria.* E quanto il mondo civile sentisse l' importanza di quella sede, provano i nomi di « madre » o « nutrice del diritto » coi quali si onorava l' industre città fenicia; i nomi di « occhio del diritto », « maestro dell' universo », di cui si fregiavano gl' insegnanti più riputati. E l' antico geografo, che scrisse verso il 350 la Expositio totius mundi, dopo di avere celebrato la bellezza della città di Berito, vien subito a discorrere della sua scuola « per quam omnia iudicia romanorum; inde enim viri docti in omnem orbem terrarum adsident iudicibus et scientes leges custodiunt provincias, quibus mittuntur legum ordinationes ». Quando la scuola s' impone così alla pubblica ammirazione e forma il vanto della città fortunata, che l' alberga, essa veramente adempie all' ufficio suo e coopera potentemente ai progressi civili.

Alto rimane in Roma e nelle provincie il prestigio delle scuole giuridiche, finchè la scienza si mantiene in onore. Ma al rapido decadimento di questa tien dietro fatalmente la rovina dell' insegnamento: la scuola di Roma si va sempre più imbarbarendo; le scuole di Alessandria, di Cesarea, di altre città provinciali sono qualificate dagli stessi principi come covi di ignoranza presuntuosa. Frutti di questa decadenza scolastica sono i deplorevoli cincischiamenti di antichi testi e barbare compilazioni, che la depravazione dei palati fa preferire alle antiche fonti classiche e genuine.

Soltanto in Berito, e in minor grado a Costantinopoli, si mantiene con qualche vigore la tradizione scientifica e la scolastica. Ivi il corso giuridico si assolve in cinque anni; l' insegnamento è a base precipuamente esegetica; l' ordinamento è in complesso opportunamente distribuito. Ed è così che per non interrotta catena si arriva fino a Giustiniano, il quale ha potuto dare alle condizioni giuridiche del tempo suo un miglioramento assai notevole. Ma questo ebbe una preparazione latente nell' operosità di quelle scuole orientali.

Le grandi compilazioni giustinianee mirano non solo all' incremento della scienza e della pratica del diritto; esse hanno anche direttamente in vista l' insegnamento. Le Istituzioni, sebbene siano nel contempo un testo legislativo, sono scritte principalmente per le scuole; la partizione dei Digesti è informata in gran parte anche a scopi scolastici. E la produzione scientifica del tempo di Giustiniano ha quasi tutta la sua base nella scuola. Dalla scuola viene l' elaborazione greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo; dalla scuola vengono le dotte e importanti elaborazioni greche del Digesto e del Codice per opera di Teofilo, Doroteo, Stefano, Taleleo, Isidoro. Sono, questi, nomi tutti di professori delle due università di Berito e di Costantinopoli, e di essi la maggior parte ebbe anche mano nell' opera legislativa.

Il risveglio degli studi giuridici fu di breve durata. La scienza andò presto decadendo; l' università di Berito fu distrutta insieme alla città dal fortissimo terremoto dell' anno 28 del regno giustinianeo, quella di Costantinopoli — se anco non fu data alle fiamme per mano di principe, come vuole una vecchia e molto significante leggenda — andò deperendo, finchè fu presto chiusa.

Rimane però degno di nota che nelle molteplici vicende del travagliato impero d'oriente ogni ritorno di buona cultura è segnalato da un riaprirsi della scuola. Ancora in tarda età, per opera di Psello, Giovanni Sifilino ed altri, il culto delle lettere e del diritto prende vita, e l'imperatore Costantino Monomaco ripristina la facoltà giuridica mediante una costituzione, che è stata conservata e fu di recente pubblicata.

Qualche cosa di simile avviene in occidente. Le scuole di Roma e di Ravenna traggono durante il medio evo un'esistenza misera e infeconda. Forse la tradizione scolastica ebbe anche in Italia una lunga interruzione. Nel silenzio de' chiostri il diritto romano ebbe i suoi cultori; ma furono pochi e meschini i risultati di quegli studi dispersi. Ma quando lo studio severo dei testi risuscitò la scienza del diritto romano, sorse balda la scuola; e il nome augusto di Bologna, mentre è simbolo di un risveglio scientifico che presto si propaga a tutta l'Europa, segna anche l'origine delle università moderne. Gli inizi della nostra scuola, pur sì ricca di gloriose memorie, si connettono a quella potente riscossa, per cui le nuove generazioni penetrarono nell'intima profondità del pensiero latino.

È tutta, o signori, una serie di ricordi così alti e solenni, che l'animo ne rimane a un tempo compreso e soggiogato. Quale provvidenziale concatenazione di eventi non ha fatto sì che si producesse, si perfezionasse, si tramandasse fino a noi la norma, che regola tuttavia i rapporti della nostra vita! Di solito si decanta la sicura efficacia del prisco diritto civile, la mirabile elasticità del diritto pretorio, la saggia legislazione dei principi e il senno e la dottrina dei grandi giuristi. E infatti furono questi i coefficienti, mercè l'azione cospirante dei quali si elevò quel glorioso edificio, che fu il diritto romano, senza cui ben più misere e imperfette sarebbero le condizioni dell'odierno diritto privato. Ma l'opera modesta e fruttuosa delle scuole, che conservarono le buone tradizioni, la memoria degli scritti e degli autori, non viene sufficientemente apprezzata. Essa pure ha pieno diritto alla nostra viva riconoscenza.

Signori, non mai come ora quanto concerne l'insegnamento superiore fu tanto agitato e discusso. Appositi congressi, riviste, libri di non scarsa mole ne trattano in ogni senso; le camere

legislative ne fanno oggetto ogni anno, se non di provvedimenti, almeno di discorsi. Delle quali cose ben può rallegrarsi ogni onesto cittadino, chè nulla più nuoce ad una istituzione dell'apatia del paese: giova ad essa piuttosto incontrare fiere polemiche, che non cadere nella universale noncuranza. Ma si avverta che niun argomento è di questo più arduo e delicato. Nessuno ha diritto di occuparsene, che non sia dotato di alta cultura e non abbia piena conoscenza della nostra vita universitaria; nessuno ha diritto di occuparsene che non abbia il senso retto e vivo del patrio decoro, che non sappia ragionare con quella serena nobiltà di intenti, senza cui non si evitano le più deplorevoli profanazioni. Ora, io mi domando se tanto incongruo e molesto ciarlare dei più incompetenti giovi a illuminare ed a sorreggere quanto non può essere che l'opera dell'aristocrazia morale e intellettuale del Paese! Tutto il lato vero della vita universitaria — l'intima relazione colla cultura nazionale, che solo per quella e con quella prospera e si mantiene — sfugge pienamente a costoro. Il largo incremento che molti rami del sapere hanno avuto in Italia a grandissimo onore della nazione, la cui lingua torna a imporsi una volta agli studiosi stranieri, si deve pur tutto — chi ben guardi — alla scuola. Quale onda di pessimismo invade l'animo di coloro che affermano essere tutta la nostra istruzione superiore in aperta decadenza! Ben fu detto che una simile affermazione è satura a un tempo di audacia e di errore. Si guardi piuttosto che con tali avventati giudizii non si ingeneri uno scetticismo malsano, che impedisca di svolgersi e di maturarsi a quanto non senza lieti auspicii è venuto alla luce. Contro sì perniciosa disposizione degli animi lotterebbero indarno le volontà più ferme e le intelligenze più elette.

Il vostro concorso, giovani egregi, è necessario all'impresa. Dovrete lottare colle difficoltà dell'apprendere, ma più ancora reagire all'ambiente. Ma se è vero, come io non dubito, che la gioventù italiana ha ancora l'animo aperto agli alti ideali, considerate il valore esimio della cultura intellettuale e per voi e pel vostro paese, e non tarderete a sentire che anche in questo arringo hanno pregio i nobili eroismi e sono le defezioni ingenerose.

Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani (*).

A) Fabio Mela (1).

Le Pandette conservano quaranta citazioni di questo giureconsulto, così ripartite: 30 ne' frammenti di Ulpiano (25 ne' fr. ad Edictum, 3 ne' frammenti ad Sabinum, 2 ne' frammenti de fideicommissis) — 7 ne' frammenti di Paolo (6 ne' frammenti ad Edictum, 1 ne' frammenti ad Sabinum) — 2 ne' frammenti di Africano (quaestionum libri) — uno finalmente appartenente al 6° libro dell' opera di Venuleio sugli interdetti.

In tutti questi passi Mela è citato col solo cognome; soltanto in Ulpiano (71 ad Ed.) D. 43, 23, 1, 12 si aggiunge anche il nome 'Fabius'. Non si aggiunge mai menzione dell' opera o del libro, ove s' eccettui l' oscura citazione di Africano (8 quaest., D. 46, 3, 39), della quale avremo presto da occuparci: « Mela libro decimo » (2).

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, s. II, vol. 18, 1885, pp. 865-72, 900-17].

(1) Questo giureconsulto visse a' tempi di Augusto e Tiberio e fu perciò contemporaneo di Labeone. Cfr. DIRKSEN, *De Fabio Mela Icto*, Königsb. 1908, p. 5 sq. — Troppo presto lo pone GROZIO (Guglielmo), *Vitae Ictorum* lib. 2 c. 5 (ed. Lugd. Batav. 1690, p. 137). V. ora quanto dice il VOIGT a p. 65 del suo *Vadimonium* [Abh. der phil.-hist. Kl. der kgl. sächs. Ges. der W. VIII, 361]. Infatti, mentre mostra conoscere Aquilio Gallo, Servio Sulpicio e Labeone [D. 19, 1, 17, 6. 19, 2, 13, 8. 33, 9, 3, 10 e quanto addurremo più avanti nel testo], è conosciuto da Nerva (padre), Prisco Fulcinio e Proculo (D. 33, 1, 14. 9. 2, 11 pr. 25, 2, 3, 4).

(2) Il manoscritto di Königsberg aggiunge 'Digestorum': DIRKSEN, *op. cit.* p. 7 e RUDORFF, *R. G.* 1, 179; ma non merita alcuna fede. Più volte i manoscritti di second' ordine aggiungono a torto questa parola; cfr. p. es. la vulg. D. 33, 9, 3 pr.

Lo scarso numero delle citazioni occorrenti ne' frammenti degli altri scrittori non consente una indagine critica sulla loro origine; è però lecito tentarla per quelle contenute nei frammenti di Ulpiano.

Ordinariamente la citazione di Mela in Ulpiano non appare mai isolata, ma accompagnata da molte altre, specie di veteres. È difficile trovarne una, che non abbia vicino o in un frammento confinante o anche nel frammento medesimo una citazione di Labeone. Vedremo più tardi se è possibile darne una spiegazione sufficiente. Intanto ecco alcuni esempi:

Ulp. (18 ad Ed.) D. 9, 2, 27, 34: 'Mela scribit....' e nel § 35: 'item.... Labeo scribit'.

Ulp. (25 ad Ed.) D. 11, 7, 14, 2: 'Mela scripsit' e nel § 3: 'Labeo scribit'.

Ulp. (29 ad Ed.) D. 15, 3, 7, 2: 'illud verum non est quod Mela scribit' e nel § 3: 'illud plane verum est quod Labeo scribit'.

Ulp. (32 ad Ed.) D. 19, 1, 17, 6: 'Mela refert' e nel § 7: 'Labeo generaliter scribit'.

Ulp. (32 ad Ed.) D. 19, 2, 13, 8: 'et ita Labeo et Mela scribunt'.

Ulp. (eod.) D. 19, 5, 20, 1: 'apud Melam quaeritur.... et ait Mela': e nel pr. del frammento: 'apud Labeonem quaeritur' e nel § 2: 'Labeo ait'.

Ulp. (36 ad Ed.) D. 27, 3, 1, 6: 'Mela existimat' e nel § 5: 'Labeo scripsit' e nel § 4: 'putat Labeo'.

Ulp. (68 ad Ed.) D. 43, 14, 1, 8: 'ita Mela scribit': nel § 9: 'idem ait': nel § 7: 'et ita Labeo'.

Ulp. (57 [1] ad Ed.) D. 47, 10, 15, 45: 'Mela scribit' e nel § 46: 'Labeo scribit'. Del resto Labeone occorre quasi in ogni § di questo lungo frammento.

Le citazioni di Ulpiano si manifestano non originali. È già un segno abbastanza notevole quello di non vedere addotto mai nè il nome dell'opera, nè il numero del libro; mentre Ulpiano suole addurre l'uno e l'altro quando attinge direttamente alle fonti citate e talora perfino quando copia. Lo stesso fatto di trovarsi la citazione di Mela quasi sempre accompa-

---

[1] Flor. 77.

gnata da molte altre ha pel critico lo stesso significato; giacchè niuno, che conosca il modo ulpianeo di compilare, crederà che quelle citazioni e quei raffronti riposino su studi originali. Tanto più ciò deve dirsi quando fra quelle citazioni ve n' ha alcuna di autori, che Ulpiano non vide certamente, come Bruto, Rutilio, Servio e altrettali. Anche la scarsità delle citazioni, in un autore così lieto quando se ne può adornare, depone contro l' uso diretto del libro. E finalmente la maggior parte di quelle citazioni sta in frammenti di cui non è difficile provare la derivazione da opere ben più recenti, che non fossero gli scritti di Mela — opere, da cui Ulpiano, secondo il costume suo, toglie non pur le idee, ma la forma e le citazioni [1]. P. es. in D. 5, 1, 2, 6 la derivazione da Marcello è evidente; Celso o Marcello è la fonte in D. 9, 2, 11 e Celso ha davanti agli occhi Ulpiano nel fr. 27 § 34 eod. (v. il pr. e i §§ 2, 12, 14, 15); da Pomponio sono copiati [2] il fr. 14 D. 11, 7, il fr. 7 D. 15, 3, il fr. 1 D. 43, 23; da Giuliano il fr. 17 D. 19, 1, il fr. 19 D. 19, 2, il fr. 1 D. 33, 4, ne' quali tutti occorrono citazioni di Mela.

E non bisogna lasciarsi troppo imporre da frasi, che parrebbero accennare ad un uso diretto, p. es.: 'Gallus Aquilius, cuius Mela refert opinionem' (D. 19, 1, 17, 6); e 'apud Melam quaeritur.... et ait Mela' (D. 19, 5, 20, 1); 'ibidem Mela coniungit' (D. 33, 4, 1, 15); 'Servius apud Melam.... scribit' (D. 33, 9, 3, 10).

Gli studi più recenti hanno, infatti, chiaramente dimostrato che in Ulpiano tal modo di esprimersi s'accorda benissimo col copiare [3] e anche a' giorni nostri non sarebbe difficile trovare chi faccia altrettanto, senz' avere l' ingenuità del giurista romano.

Vediamo ora se sia possibile di stabilire quale natura dovessero avere gli scritti o lo scritto di Mela, a cui le citazioni si riferiscono.

---

[1] V. p. es. alcuni di questi frammenti, citati nelle note a p. 33 della recente monografia del PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, fra quelli copiati da Pomponio.

[2] Salvo naturalmente modificazioni ed aggiunte.

[3] V. p. es. PERNICE, *op. cit.*, p. 35 sg.

La prima osservazione, che si presenta, è che quasi tutte occorrono in frammenti di libri ad Edictum (31 su 40). Ove si pensi che, trattandosi di un argomento, si sogliono consultare a preferenza quelle opere che vi si riferiscono, comincerà ad apparire probabile che appunto dell' Editto pretorio (1) trattasse Mela. E non fa punto difficoltà quanto abbiamo osservato, che cioè le citazioni in Ulpiano non sono originali; giacchè le fonti, a cui egli attinge, sono appunto commentari all' Editto (come quello di Pomponio) od opere, in cui s' aveva all'Editto riguardo speciale (come i Digesti di Giuliano, Celso e Marcello). E tale probabilità arriva a certezza qualora si noti che non solo nulla v' ha nelle citazioni di Fabio Mela, che non possa riferirsi a una esplicazione dell' Editto; ma che anzi in esse si trovano osservazioni e interpretazioni pertinenti alle più svariate materie edittali, le quali non avrebbero potuto concorrere che in un' opera destinata appunto a dichiarazione dell'Editto stesso.

Vi si parla infatti del diritto che hanno i legati di *revocare domum* (D. 5, 1, 2, 6) (2); delle opere de' servi in rapporto alla *condemnatio fructuum nomine* nella *petitio in servitutem* (3); dell' *actio ex lege Aquilia* (9, 2, 11 pr.; 27, 34) (4); dell' *actio communi dividundo* (D. 10, 3, 4, 1) (5); della cura de' funerali (D. 11, 7, 14, 2) (6); dell' azione di commodato (D. 13, 6, 5, 7) (7); della clausula « de dolo malo » nella formula dell'azione di peculio ['*si quid dolo malo* $N_{.}^{i}$ $N_{.}^{i}$ *factum est, quominus peculii esset* '] (D. 15, 1, 21 pr.) (8), e della clausula ' de in rem verso ' (D. 15, 3, 7, 2) (9); dell' azione di mandato (D. 17, 1, 22, 9 e

---

(1) Come aveva già sostenuto, ma non dimostrato a sufficienza, il BECK nella sua dissertazione intorno a Mela (preside HAUBOLD). Cfr. DIRKSEN, p. 7, che certo non ha colto nel segno, fuorviato dal manoscritto regiomontano.

(2) *Ed. perp.* Tit. 2 [LENEL].

(3) Tit. 31. Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, p. 308 [3.a ed., 388]. D. 7, 7, 6 pr.

(4) Tit. 15 [§ 77 L.].

(5) Tit. 15 [§ 81 L.].

(6) Tit. 16 [§ 94 L.].

(7) Tit. 17 [§ 98 L.].

(8) Tit. 18 [§ 104 L.]. Notisi specialmente questo esempio, che accenna a un vero commento alla formula.

(9) Ibid.

11; 26, 8) [1]; di quella *pro socio* (D. 17, 2, 52, 13) [2]; dell'utilità di pattuire la resa dei 'ruta caesa' nella *lex venditionis* (D. 19, 1, 17, 6) [3]; dell'azione *locati* e *conducti* (D. 19, 2, 13, 8; 19, 6) [4]; della restituzione della dote (D. 23, 4, 12, 2. 3, cfr. D. 24, 3, 24, 2) [5]; dell'*actio rerum amotarum* (D. 25, 2, 3, 4 [6], che pure è del l. 7 di Paolo *ad Sabinum*); dell'*actio tutelae* (D. 27, 3, 1, 6) [7]; dell'applicazione processuale della massima « ne praeiudicium libertati fiat » (D. 40, 12, 24, 4) [8]; dell'azione pauliana (D. 42, 8, 25, 7) [9]; di parecchi interdetti (D. 43, 14, 1, 8 e 9. 43, 23, 1, 12) [10]; dell'*actio furti* (D. 47, 2, 52, 7; 52, 18; 52, 22; 52, 23) [nec manifesti] [11]; dell'*actio iniuriarum* (D. 47, 10, 15, 45; 17, 2) [12]; insomma de' più disparati argomenti di diritto pretorio.

E non s'oppongono punto i pochi passi, che abbiamo negletti in questa rapida recensione, spettanti ad opere di diversa natura, che non sieno i commentari all'Editto. La notizia di Africano (3 quaest., D. 50, 16, 207) « mercis appellatione homines non contineri Mela ait » ci richiama la osservazione ulpianea, che i servi propriamente non sono compresi nel nome di merce (D. 14, 4, 1, 1), osservazione che è tolta appunto dal libro 29 *ad Edictum* di Ulpiano. Ivi occorre pure una citazione di Pedio, che parimenti, come ci viene sicuramente attestato

---

[1] Tit. 19 [§ 108 L.].
[2] Tit. 19 [§ 109 L.].
[3] Tit. 19 [§ 110 L.].
[4] Tit. 19 [§ 111 L.]. E probabilmente a uno di questi due ultimi capi dell'Editto si riferisce la citazione in D. 19, 5, 20, 1.
[5] Tit. 20 [§ 113 L.].
[6] Tit. 20 [§ 115 L.].
[7] Tit. 22 [§ 124 L.].
[8] Tali considerazioni non mancavano in verun commentario all'Editto, benchè non avessero un diretto fondamento in esso: v. ora Lenel, *E. P.*, p. 304 [3.ª ed., 378].
[9] Tit. 43 [§ 268 L.]. Il passo è del l. 6° sugli *interdetti* di Venuleio. Le opere 'de interdictis' erano in fondo commentari parziali all'Editto.
[10] Tit. 43 [§ 243, 254 L.].
[11] Tit. 23 [§ 128 L.].
[12] Tit. 35 [§ 195 L.]. Si tratta delle ingiurie 'quae servis fiunt'. Si è già visto da un pezzo che il fr. 15 appartiene al l. 57 di Ulp. *ad Ed.*, non al l. 77, come ha la fiorentina.

(D. 37, 1, 6, 2), si è occupato del commento dell' Editto. Si tratta, infatti, di dichiarare la parola 'merce' che occorreva nella clausula edittale proponente l' azione tributoria [1] e probabilmente anco nella formula relativa. Anche questo passo conferma, dunque, splendidamente la nostra tesi. E nulla osta ad attribuire a quest' opera di Mela anco la citazione dello stesso Africano (8 quaest., D. 46, 3, 39) 'Mela *libro decimo* scribit' [2].

Anzi, non è difficile indagare a qual parte dell' editto potesse riferirsi; secondo ogni probabilità si riferisce alla clausola concernente il 'receptum' de' banchieri, la cui esistenza fu ben provata dal Lenel [3]. Che il commento a questa clausola desse occasione a considerazioni diverse sulle 'solutiones', e specialmente su quelle fatte per mezzo di banchieri, è indubitato. E così si vede che sono stati accolti nel titolo 'de solutionibus' [46, 3] due frammenti (52 e 53) de' commenti edittali di Ulpiano (l. 14°) e di Gaio (l. 5°) riferentisi a questa clausola. Se questa congettura è vera (e difficilmente potrebbe ammettersi che di un pagamento fatto a mezzo di un banchiere si discorresse altrove che in questa occasione), abbiamo un indizio per misurare l' estensione del commentario di Mela. Giacchè, trattando esso nel libro X un argomento che Ulpiano tratta nel 14°, Paolo nel 13°, Gaio nel 5°, e potendosi ammettere che l' ordine delle materie non fu essenzialmente mutato nella redazione giulianea dell' Editto, si può conchiudere che il commentario di Fabio Mela avesse una estensione media fra quella di Ulpiano e Paolo e quella di Gaio, e comprendesse quindi circa una cinquantina di libri.

I vari frammenti tolti dai libri di Ulpiano *ad Sabinum* (D. 33, 4, 1, 14-15. 33, 9, 3, 10) e dal 2° libro dell' opera sua sui fedecommessi (D. 33, 1, 14. 34, 1, 14 pr.) contengono citazioni di Mela riferentisi all' interpretazione dei legati e tali che possono benissimo ricondursi a un commentario all' Editto, e precisamente all' esposizione dell' *actio certi* e *incerti* ex testamento.

---

[1] Lenel, *E. P.*, p. 216 [3.ª ed., 271].

[2] V. quanto sopra si disse sul codice regiomontano, ove l' aggiunta 'Digestorum' è arbitrio di amanuense.

[3] *E. P.*. Tit. XI § 50, p. 104 [3.ª ed., 132]. Cfr. *Ztschr. Sav.-Stift.*, II, pp. 63, 65, 66, 67.

Ed ora, forse, sarà possibile la risoluzione della domanda, che già ci siamo proposta: come mai le citazioni di Mela sono quasi costantemente accompagnate da quelle di Labeone, almeno in Ulpiano?

Ricordiamo che le citazioni di Ulpiano non sono, almeno in gran parte, originali. Quelle di Labeone, sì numerose nell'opera sua intorno all'Editto, e che si riferiscono indubbiamente al commentario, che dell'Editto stesso scrisse Labeone (1), sono in scarsa misura attinte alla loro fonte; in gran parte son tolte ad autori più recenti e in ispecie al commento dell'Editto di Sesto Pomponio (2). È naturale che Pomponio, il quale cercò nel suo commentario di raccogliere, ordinare e vagliare quanto la giurisprudenza dell'età imperiale aveva fino allora prodotto (3), subito dopo avere citato le opinioni di Labeone, arrecasse — ove ne valesse la pena — quelle de' commentari dell'Editto a lui più vicini di tempo, fra i quali il più antico è appunto Fabio Mela. Ed è pure naturale che costui, scrivendo subito dopo la pubblicazione dell'opera del giureconsulto insigne, avesse per questa riguardo speciale, talchè l'opera di Mela si potè in parte riguardare come un complemento della labeoniana. E di questo rapporto appaiono vestigia anco nella sbiadita tradizione ulpianea, come dimostrano i passi da noi sopra arrecati. Tutto ciò spiega benissimo la ragione di quei ravvicinamenti nel libro di Pomponio e, per conseguenza, nella compilazione di Ulpiano.

Ma fu conchiusione punto giustificata quella di Dirksen (4), Zimmern (5), Rudorff (6) ed altri, essere cioè stato Mela un proculiano. Nè questa conchiusione si rassoda punto coll'osservare che Mela vien citato da proculiani, p. es. D. 9, 2, 11 pr. (Proculo) e 33, 1, 14 (Nerva). A maggior ragione si dovrebbe allora tenere per un proculiano Giavoleno, che, come ognuno sa, compendiò e commentò i libri 'posteriori' di Labeone;

---

(1) Cfr. PERNICE, *M. A. Labeo*, I, 55-56; ID., *Ulpian als Schriftsteller*, p. 32-33.

(2) PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, eod., e specialmente p. 34.

(3) V. la nostra *Storia delle fonti del diritto romano*, p. 76.

(4) *Diss. cit.*, p. 5 sq.

(5) *G. des röm. PrRs.*, I, 1, p. 312.

(6) *Röm. RG.*, I, 179.

mentre, come parimenti ognuno sa, fu Giavoleno un sabiniano. Si deve poi anche avvertire che al tempo di Mela le due scuole non erano forse ancora sorte, giacchè esse datano dalla istituzione delle ‘ stationes ’ sotto Tiberio (1). Mela, se ancor viveva e scriveva in quel tempo, doveva essere giurista già formato e anzi autorevole.

Del resto non è possibile arrecare una sua opinione decisiva. Niuno vorrà ora pensare a quella addotta in D. 15, 3, 7, 2. E nemmeno si vorranno arrecare quelle riferite nel titolo « ad legem Aquiliam », nelle quali parrebbe che tendesse ad allargare l' applicazione dell' azione diretta, in luogo di ricorrere ad azioni utili. Che tale tendenza sia stata de' proculiani, è piuttosto affermato che dimostrato (2), tanto più che per provarlo si citano appunto quelle opinioni di Mela, presupponendolo proculiano.

Ben altra cosa è l' affermare che il potente impulso dato da Labeone alla giurisprudenza non fu per Mela, come per alcuni de' suoi più valenti contemporanei, senza efficacia. E tale influenza si può oggi ancora rintracciare.

Nello spirito di Labeone è p. es. l' applicazione dell' actio doli in D. 11, 7, 14, 2, chè appunto a Labeone va riferito un concetto più largo e comprensivo del dolo in materia privata. E forse qui pure va citato il passo D. 15, 1, 21 pr., in cui il giurista commenta la clausula *de dolo* nella azione di peculio. Ed era parimenti conforme all'indirizzo labeoniano un modo libero, e nello stesso tempo basato sopra un esatto concetto degli istituti, di interpretare gli atti giuridici. E saggi di tale maniera troviamo non troppo scarsi ne' pochi frammenti, che si riferiscono a Mela. A lui si fa risalire la dottrina, che il mandatario non possa rinunziare *intempestivamente* (D. 17, 1, 22, 11) — come pure l' altra, che sia inutile comprendere nella *lex venditionis* quanto già poteva sottintendersi (D. 19, 1, 17, 6) — e quella sulla distinzione (sottile in qualche caso) fra di-

---

(1) Pomp. D. 1, 2, 2, 47 non è del tutto esatto. Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, 81-92 e la nostra *Storia delle fonti*, p. 62 sg.

(2) Lo sostiene il PERNICE, *Zur Lehre der Sachbeschädigungen*, p. 154. — Cfr. D. 9, 2, 11; 27, 34. Si noti ancora con quanta facilità potè omettersi da' compilatori la voce “ utilis „; cfr. già Paolo (1 *sent.*), D. 3, 5, 46 (47), 1. Un esempio di tale omissione a carico de' compilatori ci viene p. es. attestato da Taleleo ad C. 2, 18 (19), 4 nel *Suppl. Basil.*, p. 157.

versi contratti: D. 19, 5, 20, 1. Si confrontino anche le sagaci interpretazioni di atti d'ultima volontà: D. 33, 1, 14. 33, 4, 1, 14-15. 34, 1, 14.

La tendenza, invece, ad allargare di molto la sfera dell'azione di furto (fr. 52 § 7. 18. 22. 23 h. t.) è divisa dal nostro Mela col suo contemporaneo Sabino, il quale, mentre contribuì molto a perfezionare la dottrina di questo delitto, andò anche troppo oltre su questa via.

B) Plauzio.

Fu questo giureconsulto, com'è ben noto, autore di un'opera, che godè in Roma grandissimo favore, tanto che venne commentata da parecchi giureconsulti insigni, Nerazio (cfr. D. 8, 3, 5, 1), Giavoleno, Pomponio e Paolo. Anzi, dei commenti di questi tre ultimi giuristi abbiamo frammenti non iscarsi nelle Pandette.

Di questi tre lavori quello di Paolo soltanto si estendeva all'opera intera di Plauzio [' Pauli libri *ad Plautium* '], invece quelli di Giavoleno e Pomponio non commentavano che una parte di essa [' libri *ex Plautio* '] (1). L'opera di Paolo è rappresentata nelle Pandette da ben 186 frammenti; mentre solo 18 frammenti vi si contengono di quella di Giavoleno, e 37 di quella di Pomponio. Ciò spiega perchè i frammenti dell'opera pauliana formeranno la base precipua delle nostre ricerche. Cinque libri comprendeva l'opera di Giavoleno, sette quella di Pomponio, 18 quella di Paolo.

Che Plauzio vivesse ai tempi di Traiano è cosa indubitata (2). Basta, infatti, vedere com'egli citi Proculo e Cassio (cfr. p. es. D. 35, 1, 43 pr.), mentre, come abbiamo visto testè, vien commentato da Nerazio e Giavoleno (3).

---

(1) In D. 7, 1, 49 è ' Pomponius libro septimo *ad Plautium* ' e in D. 45, 3, 34 ' Iavolenus libro secundo *ad Plautium* '; entrambi sono errori manifesti, com'è erronea la lezione dell'Indice fiorentino. — Anche Nerazio non aveva commentato che parte dell'opera plauziana; cfr. D. 8, 3, 5, 1 ' Neratius libris *ex Plautio* '.

(2) V. anche Zimmern, *Gesch. d. röm. PrRs.*, I, 1, 322 sg.

(3) Congetture poco probabili fa il Rudorff, *Röm. RG.*, I, 184.

Quello che ora maggiormente importa è di stabilire quale fosse la natura dello scritto plauziano [1]. Anzitutto occorre osservare come esso venga citato da' giuristi romani. Io non conosco che due citazioni che si riferiscono direttamente a quell'opera e sono:

Fr. Vat. 77 'omnes enim auctores *apud Plautium* de hoc consenserunt' (= D. 7, 2, 1, 3) [2].
Paul. (7 ad Sab.) D. 24, 1, 28, 3 '*apud Plautium* placuit'.

Con questo modo si vogliono evidentemente indicare opinioni e sentenze di giureconsulti riferite nell'opera plauziana. Cfr. p. es. 'Cassius apud Urseium scribit' [D. 7, 4, 10, 5]: cioè 'come dice Cassio nell'opinione di lui riferita nella collezione di Urseio'; 'apud Ferocem Proculus' [D. 39, 3, 11, 2]; 'apud Fufidium quaestionum libro 2° ita scriptum est' [D. 34, 2, 5], ove si tratta di un responso di Atilicino riferito da Fufidio; 'apud Aufidium l. 1 rescriptum [sic pro 'relatum'] est' [D. 33, 5, 20], ove s'allude alla collezione fatta da Aufidio Namusa degli scritti degli 'auditores Servii' etc. [3].

Nè si potrebbe con quella frase 'apud Plautium' intendere i commenti dei vari giureconsulti all'opera plauziana. Chè in tale caso si usa la frase « libris ex Plautio », cfr. Vat. fr. 75; 82 e D. 32, 45 'Sabinus libris ad Vitellium'; ovvero l'altra 'notat [-nt] apud Plautium'; cfr. 'Cassius apud Vitellium notat' [D. 33, 7, 12, 27]; 'Aristo notat apud Sabinum' [D. 7, 8, 6]; cfr. D. 2, 14, 54; Vat. fr. 82 etc. [4].

Del resto, che l'opera plauziana fosse anzitutto una collezione e, come noi affermiamo, una collezione di responsi, lo prova la stessa elaborazione fattane da Paolo, secondo i frammenti conservati nei Digesti. Il fr. D. 34, 3, 18 è preso dal libro 9° di Paolo *ad Plautium*, e comincia così:

---

(1) RUDORFF dà per certo che fosse un *Rechtssystem*; e aggiunge con frase poco felice che dovè esser compilato " nach dem Plan des Julianischen „.

(2) Nell'indice di STEFANO (*Suppl. Basil.*, p. 94) semplicemente 'πάντες οἱ νομικοὶ συνῄνεσαν'.

(3) Cfr. anche 'apud Fufidium Sabino placeat' (G. 2, 154), dove deve pensarsi a un responso di Sabino riferito nell'opera di Fufidio, non già a note scritte da Sabino a Fufidio. Questa incredibile interpretazione è nello ZIMMERN, *op. cit.*, I, 314 e fu sulla sua autorità accolta anche da me imprudentemente, *Storia delle fonti*, p. 64.

(4) Cfr. anche DIRKSEN, *Manuale*, p. 75.

Cassius. Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet [1].

È strano davvero che venga in un' opera riferito così, senza essere intessuto nel contesto, il responso di un autore, premettendone semplicemente il nome. Questo non potrebbe avvenire che per lo appunto in una raccolta di responsi.

Un passo, dove pure si vede chiara anche attraverso la elaborazione pauliana la natura originaria dell' opera, è D. 35, 2, 49 pr. Plauzio propone la fattispecie « Servo, quem tibi legaveram, fundum legavi » [2]. Seguono tosto i responsi concordi di Sabino, Nerva, Atilicino, poi uno alquanto discorde di Cassio. Subito dopo comincia il commento di Paolo [3].

E non è, in generale, troppo difficile discernere dal testo epitomato di Plauzio il commento di Paolo, il quale o fa osservazioni critiche o aggiunge responsi di giureconsulti posteriori, in specie di Giuliano e di Scevola, cfr. D. 23, 3, 56, 3. 40, 7, 20, 1 sq. 45, 1, 91, 1 sq. etc. A completare qua e là la collezione di Plauzio si vale anco di quella di Nerazio, p. es. D. 35, 1, 43, 3. È, del resto, naturale che i compilatori abbiano di frequente omesso i nomi de' respondenti e altre citazioni, che farebbero ancor più evidente apparire il nostro asserto; i frammenti vaticani e i sinaitici ci hanno insegnato quanto fu fatale per tale riguardo la forbice dei giustinianei [4].

Meno chiari riescono a tale intento i frammenti delle due elaborazioni di Giavoleno e di Pomponio, nelle quali certo era maggiormente alterato il testo originario.

Del resto, tali raccolte di responsi erano in grandissima voga al tempo di Traiano. Ricorderò soltanto le due celeber-

---

[1] Se il resto del fr. appartenga ancora a Cassio non oso decidere; certo non v'appartiene la chiusa " quod rectissime dicitur ".

[2] Il passo era sotto la rubrica relativa alla lex Falcidia.

[3] Cfr. D. 5, 1, 28, 5. 12, 1, 31. 18, 1, 57. 20, 4, 13. 34, 2, 8. 34, 3, 16. 35, 1, 43. 45, 2, 17 cet.

[4] Ricordo in ispecie come, secondo i frammenti sinaitici, erano ancora nettamente distinti ne' libri *ad Sabinum* di Ulpiano il testo e il commento; al primo era costantemente preposta l'abbreviazione SAB. (cfr. Alibrandi, *Docum. di st. e dir.*, III, 126 sg. [= *Opere*, 448]): ciò che non si osserva ne' frammenti conservati nei Digesti. V. anche le osservazioni del Buhl nella *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, R. A., II, 185-6.

rime di Urseio Feroce e Minicio Natale (1), a cui si può aggiungere ancora quella di Nerazio, ecc. Tali giureconsulti hanno insieme ai propri responsi raccolto quelli dei precipui respondenti: e le loro collezioni finirono a formare testo a danno di quelle dei responsi dei singoli prudenti. È naturale che venissero più volte commentate da giureconsulti posteriori, che vi aggiungevano la più recente giurisprudenza e le innovazioni legislative, adattandole così sempre ai bisogni de' tempi. Così si spiega come anche la raccolta plauziana venisse commentata almeno da quattro famosi giureconsulti.

Vediamo ora quale potesse essere il sistema tenuto in questa compilazione: seppure può dirsi « sistema ». In fondo è innegabile che l'ordine si accosta a quello dei Pithana (2) di Labeone.

In principio si contengono generalità di procedura (legittimazione attiva e passiva, eccezioni, actiones adiecticiae qualitatis) (3), poi segue la teoria de' contratti: i reali [mutuo con accenni sulle condictiones in genere, pegno e deposito]; poi i consensuali: vendita locazione mandato società. Tutte queste materie sono comprese nel libro 5° [D. 12, 1, 30. 12, 5, 9. 13, 7, 37. 16, 3, 4. 17, 1, 45. 18, 1, 57. 41, 3, 13. 19, 4, 2. 20, 4, 13. 40, 8, 1 (vendita di un servo sotto condizione di libertà). 50, 17, 172]. Della società pare che il discorso cominciato nel 5° libro [10, 3, 15] si continui nel sesto [fr. 16 eod.]. In questo libro, del resto, è parola del diritto matrimoniale; in ispecie del dotale [D. 23, 2, 39. 24, 3, 56. 38, 10, 5. 41, 1, 57. 42, 1, 21: 23. 50, 16, 79. 50, 17, 173]; nel 7° della tutela e della cura [26, 7, 27. 27, 10, 11. 44, 7, 46]; dall' 8° al 12° trattasi delle successioni e dei legati [7, 1, 46; 48. 7, 8, 18. 34, 3, 18. 34, 5, 17 (18); 20 (21). 35, 1, 43; 44. 35, 2, 49. 37, 1, 8. 37, 11, 10. 37, 12, 3. 29, 2, 33; 74. 29, 3, 5. 30, 27; 85. 31, 3; 7; 8. 33, 5, 13. 34, 2, 7; 8. 34, 3, 16. 40, 4, 37; 38. 42, 2, 3. 42, 4, 11. 45, 2, 17. 45, 3, 23. 46, 3, 62. 50, 16, 80]; nel l. 13° si

---

(1) Voigt, *Aelius- und Sabinussystem*, p. 34-35.

(2) Voigt, *Aelius- und Sabinussystem*, p. 26 sg.; Ferrini, *Storia delle fonti*, p. 57 sg.

(3) Occupano queste materie in Paolo i primi 4 libri; p. es. D. 3, 3, 61. 5, 1, 22. 5, 3, 43. 6, 1, 26. 12, 6, 43, ecc.. Anche gli altri passi non son difficili in complesso a spiegarsi.

discorre del dominio e degli altri diritti reali [7, 4, 28. 8, 6, 7. 33, 2, 13. 41, 3, 14. 47, 10, 14]; nei ll. 14-17 si tratta delle obbligazioni, specie verbali, e delle soluzioni [6, 1, 47. 12, 1, 31. 12, 4, 9. 12, 6, 44. 12, 6, 65. 18, 4, 7; 13. 19, 1, 37. 20, 4, 14. 34, 5, 21 (22). 42, 2, 4. 44, 1, 8. 44, 7, 47; 48. 45, 1, 91. 46, 8, 15. 45, 3, 33. 46, 1, 36. 46, 2, 22. 46, 5, 6. 50, 17, 178-180]; nel 18° o si continua il discorso intorno alle obbligazioni e alle azioni o s'aggiungono a mo' di coniectanea varie materie [22, 3, 8. 44, 7, 49. 45, 1, 92. 48, 19, 20].

È facile avvertire che, tranne la serie de' tre istituti ' d.° matrimoniale, tutela e cura, successioni e legati ', tale ordine non ha punto a che fare con quello dell' Editto (almeno secondo la redazione giulianea) e per conseguenza non è punto accettabile quanto il Rudorff (I, 184) afferma: esser cioè stato concepito il sistema plauziano « nach dem Plan des julianischen ». Ammesso pure che nella serie di quegli argomenti abbia influito l'ordine edittale, non si può negare che sostanzialmente il sistema sia il muciano, modificato dietro l' esempio de' Pithana labeoniani, nei quali per la prima volta il diritto ereditario perdette il suo posto tradizionale in cima al sistema.

Se Paolo nei libri *ad Plautium* elaborò e commentò tutta l'opera plauziana, Giavoleno e Pomponio nelle opere loro *ex Plautio* non elaborarono e commentarono, come s'è già visto, che alcune parti. Ciò appare anche dai frammenti conservati ne' Digesti.

Giavoleno nel 1° libro s' occupò di certo di successioni e legati [D. 5, 3, 44. 21, 2, 58. 31, 10. 32, 77]; nel 2° è specialmente parola della compravendita [12, 6, 45. 18, 2, 19. 18, 4, 8; 10. 21, 2, 60. 41, 4, 4]; nel 3° e 4° s'accenna a obbligazioni e azioni [45, 2, 2. 41, 3, 16]; l'unico frammento del 5°, che dà il concetto dei ' bona ' [50, 16, 83], non si può riferire con sicurezza a uno speciale argomento.

Anzi, io sarei tentato di credere che Giavoleno non commentasse che le parti attinenti al diritto ereditario. Le molte decisioni sulla vendita, che si hanno nei frammenti del libro 2°, possono benissimo essere state nel testo e nel commento in connessione colla ' hereditatis venditio '; cfr. anzi D. 12, 6, 45. 18, 4, 8; 10. I passi citati dei libri 3° e 4° sono troppo scarsi, perchè si possa sostenere con sicurezza che si riferiscono a materia di obbligazioni: possono benissimo essere decisioni se-

condarie occasionate da altro argomento principale. Quanto p. es. leggesi in D. 45, 2, 2 sulle obbligazioni correali può benissimo dipendere da considerazioni sulla correalità nascente per testamento.

Del resto il fr. D. 8, 6, 9 non si lascia troppo facilmente adattare a un libro trattante di obbligazioni, mentre dal fr. D. 12, 6, 46 si potrebbe anche arguire che continuasse nel libro 4° il discorso sui legati. E il fr. D. 50, 16, 83 appartenente al libro 5° e che illustra il concetto dei *bona* può, meglio che ad ogni altro argomento, ricondursi al diritto ereditario (1).

A maggior parte dell' opera plauziana si estendeva il commento pomponiano. Io non dubito che si debbano ricondurre a quest' opera parecchie almeno delle citazioni di Pomponio, che occorrono nel commentario di Paolo: D. 9, 4, 31. 12, 5, 9. 33, 5, 13. 41, 1, 48. 45, 1, 91, 4 sg. E secondo ogni verosimiglianza dal commento di Pomponio passò in quello di Paolo gran parte dei responsi di Giuliano in quest' ultimo riferiti (2).

Ma stabilire nettamente quali fossero gli argomenti, a cui il commentario pomponiano si riferiva, e quale l' ordine loro, è cosa oltremodo difficile. È certo che il libro 7° si occupava dei legati e delle manumissioni testamentarie [fr. Vat. 75 e 82. D. 7, 1, 49. 31, 11; 13. 34, 3, 4. 40, 4, 41. 40, 5, 8. 40, 7, 21]: invece i libri 5° e 6° sembra che si riferissero principalmente alle obbligazioni [12, 1, 8; 12. 42, 1, 9. 43, 16, 11. 43, 26, 10. 45, 2, 18. 46, 2, 24. 46, 3, 66. 47, 12, 5]; il libro 4° concerneva il diritto dotale [23, 2, 40. 42, 1, 24 (benef. competentiae !)]; i primi 3 libri mi paiono corrispondere ai primi 4 del commento pauliano. È, ad ogni modo, degno di nota che Pomponio nella sua scelta non s' attenne scrupolosamente all' ordine del testo e prepose le obbligazioni e le azioni al diritto ereditario: di quest' ultimo, poi, non commentò che alcune parti; giacchè i frammenti conservati non accennano che a legati e a manumissioni testamentarie e una completa trattazione di quel

(1) A questo commento di Giavoleno mi par da riferirsi la citazione che occorre in Paolo D. 34, 2, 8. Essa pure concerne una questione relativa ai legati.

(2) Quanto frequentemente sia addotto qualche responso di Giuliano nei pochi frammenti del commentario di Pomponio da noi posseduti, si può vedere anche in Fitting, *Alter der Schriften*, p. 11.

vasto argomento non avrebbe potuto comprendersi in un sol libro. Ma la ragione di questo fatto è abbastanza evidente: la parte concernente il diritto ereditario era già stata, come s'è visto, trattata con molta ampiezza da Giavoleno; il commentario pomponiano sembra che avesse per iscopo di compire l'opera di questo.

C) Quinto Elio Tuberone.

1. Di questo insigne giureconsulto, che visse a' tempi di Cesare, è noto quanto narra Pomponio (D. 1, 2, 2, 46). Fu scolaro d'Ofilio e prima piuttosto retore [1] che non vero giurista; si dedicò più tardi — dopo di non esser riuscito nell'accusa di Quinto Ligario [2] — di proposito agli studi di *ius civile*. Fu ritenuto dottissimo scrittore di diritto pubblico e privato e lasciò più libri trattanti dell'uno e dell'altro. Ma fu disgrazia che usasse un modo di scrivere affettato e arcaico, onde riusciva sommamente noiosa la lettura delle opere sue.

2. A noi non pervenne alcuno de' suoi numerosi scritti e nemmeno alcun frammento di essi. Perfino i nomi di essi ci sono quasi tutti sconosciuti. Gellio [3] parla di un libro intitolato « *Praecepta super officio iudicis* », del quale altro non sappiamo. Si dubita molto se a lui debba ascriversi il libro « *ad C. Oppium* » parimenti ricordato in Aulo Gellio [4]:

« Aelium quoque Tuberonem libro ad C. Oppium scripto 'occecurrerit' scripsisse Probus adnotavit et haec eius uerba apposuit: 'si generalis species occecurrerit' ».

Notiamo come ad ogni modo questa notizia convenga benissimo con quanto Pomponio dice sul modo di scrivere tuberoniano e sia pertanto assai probabile l'affermativa [5].

---

[1] 'patronus' in luogo di 'patricius' deve leggersi a questo luogo; cfr. Mommsen, ad h. l. Anche Servio Sulpicio era passato dal campo dei retori a quello dei giurisperiti. A torto fu il nostro Tuberone confuso collo storico di tal nome (*Arch. giur.* 23, 298, n. 2). Cfr. anche Huschke, *Iur. anteiust.*, p. 99, n. 3.

[2] Difeso, com'è risaputo, da Cicerone.

[3] *N. A.* 14, 2, 20.

[4] *N. A.* 7, 9, 11.

[5] Cfr. la nostra *Storia delle fonti del dir. rom.*, p. 43; Zimmern, *G. des r. PrRs.*, I, 1, 301.

3. A qualche scritto sul Senato, che apparterrebbe alla 1ª categoria indicata da Pomponio, devono riferirsi le due citazioni, che da' *Coniectanea* [1] di Ateio Capitone trasportò Aulo Gellio nelle sue Notti Attiche [2]. Nella prima sostiene: *a)* che niun senatoconsulto possa farsi senza *discessio*; *b)* che il praef. urbi Latinarum causa relictus possa tenere il Senato. Questa tesi era stata oppugnata da Giunio (evidentemente, Graccano: cfr. la nostra *Storia delle fonti*, p. 29).

4. Ma più importanti per noi sono le citazioni occorrenti nei Digesti e relative ad argomenti di diritto privato. Se ne contano dodici solamente, calcolando come una sola citazione le varie menzioni di questo giureconsulto che s' hanno in D. 15, 1, 5, 4; 6; 7 e 33, 10, 7, 1-2. Quattro volte è citato nei frammenti de' *Posteriori* di Labeone epitomati da Giavoleno; tre in quei dei *Digesti* di Celso; cinque ne' frammenti di Ulpiano e una in quelli di Paolo. Ma anche Ulpiano mostra di prendere tali citazioni da Celso.

D. 7, 8, 2, 1: « ita libro decimo octavo digestorum scripsit [Celsus], quam sententiam et Tubero probat ».

D. 15, 1, 5, 4: « Tubero — definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert ».

D. 45, 1, 72 pr.: « Celsus libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse ».

E la stessa fonte deve supporsi per gli altri due passi: D. 19, 1 13, 30 e 39, 3, 1 pr. [3]. Ad ogni modo è certo che tali citazioni non riposano sopra studi originali di Ulpiano; libri pochissimo o niente letti al tempo di Pomponio non potevano essere nelle mani del più recente e frettoloso compilatore. La citazione che è in Paolo (2 ad Vitellium, D. 34, 2, 32, 1) appartiene indubbiamente all' autore commentato, cioè a Vitellio medesimo.

---

[1] Sul numero del libro v. la nostra *Storia* cit., p. 62.

[2] 14, 7, 13. 14, 8, 2.

[3] Del resto quest' ultimo passo contiene una generale definizione dell'*aqua pluvia*, che poteva essere anche altronde nota ad Ulpiano: per mezzo cioè della tradizione scolastica, la quale serbava, come si sa, gelosamente il nome degli autori delle definizioni o regole tramandate.

5. Che Celso, scrittore originalissimo e curioso ricercatore di libri vecchi, abbia conosciuto gli scritti di Tuberone e v' abbia attinto, è cosa per se stessa altamente probabile. La stessa frequenza, con cui lo adduce, sembra indicarlo. Ma non si può negare che parecchie volte almeno egli tragga quelle citazioni dalle opere di Labeone, il quale, come s' è visto, spesso lo menziona. Cfr. Celso (6 dig.) D. 15, 1, 6. (15 dig.) D. 32, 43.

6. Passiamo ora in rivista le opinioni di Tuberone contenute nei Digesti e che si riferiscono:

a) ai diritti reali;

b) alle obbligazioni;

c) all' interpretazione delle disposizioni di ultima volontà.

7. Cominciamo dai diritti reali. — L' istituto della servitù d'*uso* si formò verso la fine dell' età repubblicana, più tardi ancora che non quella di *usufrutto.* Ciò è attestato, come è noto (1), dallo stesso linguaggio giuridico. I *veteres* non parlano dell' *usus* che come nascente da legato. In origine veniva interpretato molto angustamente, e solo verso il principio dell' impero la massima che le volontà de' defunti non sono *tam stricte interpretandae* (2) favorì un più largo trattamento dell' usuario. Dato l' uso d'una villa, pare che i veteres, oltre l' abitazione, non concedessero all' usuario che la facoltà di passeggiare pel giardino e il rustico, purchè non molestasse i lavori campestri. Sabino e Cassio stabilirono che nell' uso si potesse comprendere anche la legna, la verdura e la frutta per l' uso quotidiano e la facoltà di cogliere qualche fiore. Nerva ancora negava che l' usuario potesse godere del frumento, dell' olio, ecc., neppure per l' uso quotidiano (3).

Lo stesso rigore si aveva anche per l' uso di un fondo urbano. Ci è testimoniato che *primo* Quinto Mucio (4) ammise che, legato alla moglie l' uso di una casa, essa potesse abitarvi col marito « ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo ». Che potesse introdurvi i figli, i liberti e i genitori

---

(1) V. p. es. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, 101 n. 4 e *Lehre des ius nat.*, III, 984 sg.

(2) D. 7, 8, 12, 2; cfr. § 1.

(3) D. 7, 8, 12, 1.

(4) D. 7, 8, 4, 1.

non fu ammesso che ben più tardi; pare che a' tempi di Sabino non fosse ancora giurisprudenza decisa e Aristone trovò necessario di insistere su tale facoltà nelle note che scrisse sul testo di Sabino (1). Ora non parrà piccola larghezza quella di Tuberone, il quale opinava che colui, al quale era stato legato l'uso di una abitazione, potesse introdurvi ospiti (2). E ciò sta in relazione colla sua maniera libera di interpretare gli atti d'ultima volontà.

8. Complemento alla dottrina dei diritti reali è pur quella dell'actio aquae pluviae arcendae.

Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit (3).

Questa definizione di Tuberone ha il merito di avere posto fine alla tendenza, che ebbero i veteres, di allargare oltremodo l'efficienza di tale azione. Un saggio di tale tendenza offre, a mio avviso, chiarissimo il seguente passo:

Ulp. (53 ad Ed.) D. 39, 3, 3, 1:

> Trebatius putat eum, cui aquae fluentes calidae noceant, aquae pluviae arcendae cum vicino agere posse: *quod verum non est: neque enim aquae calidae aquae pluviae sunt.*

9. Veniamo alle obbligazioni. È conservata per mezzo di Celso (38 dig.) (4) l'opinione di Tuberone che le stesse stipulazioni, in cui vien promesso un fatto, devono considerarsi almeno indirettamente come divisibili, poichè, restando il fatto inadempiuto, i condebitori vengono condannati ciascuno per una quota proporzionale della *aestimatio* (5).

---

(1) D. 7, 8, 6.

(2) D. 7, 8, 2, 1: difficilmente esiste un vincolo fra questa sentenza di Tuberone e la graduazione notissima degli *officia*, quale p. es. ricorda l'autore de' libri *ad Herennium*, 3, 3, 4 e Gellio, *N. A.*, 5, 13 (dal libro 3° iuris civ. di Sabino).

(3) Ulp. (53 ad Ed.) D. 39, 3, 1 pr.

(4) Apud Ulp. (20 ad Ed.), D. 45, 1, 72 pr.

(5) Io credo col Ryck, *Die Lehre von den Schuldverh.*, p. 111, che qui si abbia una opinione singolare di Tuberone riferita storicamente da Celso e da Ulpiano. I vari tentativi per conciliare quella opinione cogli altri passi delle fonti si ponno vedere raccolti dal Landucci, *Arch. giur.*, 23,

« Celsus.... refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem ».

« In hoc genere », cioè « stipulationum in quas factum deducitur ». I *genera stipulationum* derivano indubbiamente dalla giurisprudenza muciana ([1]).

10. Una definizione fortunata di Tuberone fu quella del peculio, il cui concetto occorreva fissare esattamente per la dottrina delle azioni relative (de peculio, de in rem verso, tributoria).

Peculium ([2]) autem Tubero sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

La definizione fu tosto accolta generalmente e Labeone credette necessario osservare che essa si restringeva ai peculi degli ordinari e non poteva applicarsi a quelli dei vicari ([3]).

Invero, tale opinione non era del tutto infondata, quando si esigeva un *espresso consenso* del dominus per la costituzione del peculio ([4]). La definizione di Tuberone vediamo mantenersi fino nel periodo classico. Più tardi sembra che cedesse

---

399-405. Ma non ci sembra accettabile la interpretazione proposta dal LANDUCCI stesso, *l. c.*, p. 405-409. Il ' si quis stipulatus sit ', che precede, accenna a unicità di creditore e la frase ' ubi quid fieri *stipulemur* ' non accenna punto al contrario (secondo il modo d'esprimersi de' giuristi romani). S' aggiunga anche l' autorità della somma cirilliana conservata per mezzo del Tipucito e dallo HEIMBACH usata per la restituzione di questo passo dei Basilici. E forse il LANDUCCI stesso ora più non manterrebbe quanto intorno a questa versione ha scritto *l. c.*, p. 399 sg. 408 sg.

([1]) Cfr. la nostra *Storia*, p. 32. Cfr. anche Pomp. (26 ad Sab.), D. 45, 1, 5 pr.:

Conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem GENERA sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum.

([2]) Ulp. (29 ad Ed.) D. 15, 1, 5, 4.

([3]) Cels. (6 dig.) fr. 6 h. t. combatte le obbiezioni di Labeone e ritiene valida per ogni peculio tale definizione. Alla definizione di Tuberone sembra alludere anche Giuliano (44 dig.) D. 41, 1, 37, 1.

([4]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, 126-128, che dà anche il commento migliore della definizione tuberoniana.

ad un'altra più comprensiva (che teneva calcolo anco del peculio dei filiifamilias), che dalle scuole orientali passò in veste greca ne' testi giuridici bizantini. Lo Pseudo-Teofilo dice (4, 7, 4):

ὅρος peculíu οὗτός ἐστιν· οὐσία φυσικὴ προςκεκυρωμένη ὑπεξουσίῳ κατὰ γνώμην πατρὸς ἢ δεσπότου, ἐξῃρημένων τῶν φυσικῶν χρεῶν, πατρικῶν φημι καὶ δεσποτικῶν καὶ συνυπεξουσίοις ἐποφειλομένων.

definitio peculii haec est: patrimonium naturale ei adhaerens, qui in alicuius potestate est, secundum voluntatem patris dominive, naturalibus debitis exceptis, quae scilicet patri vel domino, vel ei qui in eiusdem potestate est, debentur.

Se noi confrontiamo questa tarda definizione, che lo Pseudo-Teofilo commenta diffusamente, con quella del vecchio Tuberone, non è facile negare che quella serba una reminiscenza non del tutto inconsapevole di questa. Le discrepanze sono notevoli ed il loro esame ci sembra istruttivo. Prima di tutto non è senza ragione che, mentre nel diritto nuovo (e anzi già nel periodo classico) non era possibile parlare di *peculio* senza pensare tosto ai peculii de' *filiifamilias*, che avevano ricevuto sì grande sviluppo, Tuberone non si curasse che di definire il peculio dei servi. È infatti noto che, mentre era cosa assai rara che un filiusfamilias avesse un peculio sulla fine dell'età repubblicana, era cosa affatto consueta che un peculio avessero gli schiavi (1). — Il κατὰ γνώμην è qualche cosa di meno forte del « permissu domini » di Tuberone e può intendersi benissimo anco di tacito consenso (2). Io crederei che la tendenza ad accontentarsi di un *tacito assenso* del *dominus* (rispettivamente del *paterfamilias)* risalga ben addietro

---

(1) Questo ha, a parer mio, dimostrato bene il PERNICE, *Labeo*, I, 121-124. Gli esempi ch'egli trae da Cicerone, *pro Roscio Am.*, 43 sq., *pro Cael.*, 17 sq, *Philip.* 2, 45 sq., provano la tesi riguardo ai filiifamilias; pei servi cfr. invece Plauto, *Casina*, 2, 3, 38-9:

servo — armigero, nihili atque improbo
quoi homini hodie peculi nummus non est plumbeus;

e Varrone, *r. r.*, 1, 17, 5.

(2) Che ciò non potesse avvenire a' tempi di Tuberone prova la critica di Labeone, come già s'è avvertito.

e forse si rinvenga ne' responsi di Proculo e Atilicino citati da Ulpiano (1).

È pure da osservarsi come la definizione dello Pseudo-Teofilo non faccia parola della « separatio rationum », chè a quei tempi l'universale costume dell'esatta e rigorosa tenuta dei libri domestici era andato da un pezzo in disuso, e così non poteva più accertarsi quella, che una volta era quasi la caratteristica del patrimonio peculiare. E mi sembra degnissimo di nota come la versione greca contenuta nel testo dei Basilici [Anonimo] tralasci (2) le parole « separatum a rationibus dominicis » :

πεκούλιον δέ ἐστιν ὅπερ ὁ δοῦλος ἔχει συγχωροῦντος τοῦ δεσπότου, κεχωρισμένων τῶν τῷ δεσπότῃ χρεωστουμένων.

Che poi nella definizione greca vengano menzionati a parte i debiti verso i conservi o verso gli altri soggetti alla stessa potestà, mentre Tuberone li comprende in ciò che *domino debetur*, non è cosa che faccia differenza, e si deve attribuire al desiderio di chiarezza de' Greci e allo scopo direttamente scolastico di quella definizione.

11. Abbiamo due opinioni di Tuberone, che si riferiscono al contratto di compravendita. La prima, conservata nel fr. di Giavoleno (4 ex post. Labeonis, D. 18, 1, 77), consiste nella interpretazione del contratto e non ha grande importanza. Venne venduto un fondo, ma eccettuate dalla vendita le cave di pietra ovunque fossero; più tardi fu scoperta nel fondo una cava, di cui prima s'ignorava la esistenza. Tuberone avvisava che essa in forza del contratto dovesse appartenere al venditore. La critica che fa Labeone a questa decisione è vera ed arguta e mostra un progresso maggiore nell'interpretazione dei contratti. Egli dice doversi anzitutto aver riguardo alla intenzione delle parti e, se questa non appaia, non essere da credere vera la decisione di Tuberone, non potendo supporsi che le parti intendessero parlare di cave, di cui ignoravano la esistenza. Se tutto il sottosuolo fosse stato un banco di pietra, il povero compratore avrebbe potuto un bel giorno essere congedato dal fondo comperato.

---

(1) (29 ad Ed.) fr. 17 h. t.

(2) Bas. 18, 5, 5: *Suppl. Basilicorum*, p. 209.

12. Il venditore pone come legge, che il compratore deva lasciar continuare l'inquilino o il colono nel godimento della casa o del fondo. È noto come questo caso (che doveva essere oltremodo frequente nella vendita di immobili) fosse relativamente presto riconosciuto come un 'pactum adiectum' di quelli che 'bonae fidei iudiciis insunt' (1). Ad ogni modo Servio Sulpicio s'era espresso con molta titubanza:

magis esse Servius *putabat ex empto esse actionem* (2).

Si noti con quanta maggiore sicurezza decida Tuberone, per cui il contratto e l'azione hanno in forza della bona fides una ben maggiore elasticità:

« Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut, quidquid fuerit consecutus, emptori reddat ».

13. Vengono ora le sottili interpretazioni di atti di ultima volontà. È importantissimo il frammento di Celso (19 dig.) D. 33, 10, 7, 1-2, in cui si espone la dottrina di Tuberone intorno all'interpretazione delle disposizioni di ultima volontà. Secondo Tuberone non bisogna porre tanto mente alle parole quanto alla volontà del defunto; talchè, quantunque questi siasi valso di parole improprie, qualora si possa conoscere la vera intenzione, si debba questa seguire. Egli si volge specialmente contro Servio Sulpicio, che diceva « non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere »; e si vale di questo argomento: A che giovano le parole, se non a manifestare la volontà di chi parla? Se adunque tale volontà ci è altronde manifesta, dobbiamo noi negligerla, per attenerci a una parola, che non vi risponde? Ma lo stesso Celso, benchè s'inchini davanti alla *ratio* ed all'*auctoritas* di Tuberone, si trova costretto a dissentire e a seguire l'opinione serviana, pel motivo che « nemo sine voce dixisse existimatur ». E pare anche che tale opinione fosse seguita comunemente nel periodo classico:

---

(1) Si noti come nell'applicare questa massima andassero i veteres a rilento; cfr. Labeone e Trebazio in D. 18, 1, 79 e la critica di Giavoleno, ibid. Cfr. anche Pernice, *Labeo*, I, 480-1.

(2) Ulp. (32 ad Ed.) D. 19, 1, 13, 30.

Ulp. (5 ad Sab.) D. 30, 4 pr.:

« si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. »

Tuberone aveva applicato la sua teoria appunto al legato di suppellettile; talchè, se alcuno avesse sempre considerato come compresi nella suppellettile l'argenteria, le toghe, i mantelli, anco questi oggetti dovessero ritenersi contenuti nel legato di suppellettile. Anco al legato dell' oro applicò tale dottrina, come risulta da Paul. (2 ad Vitell.) D. 34, 2, 32, 2.

« Tubero autem, quod testator auri numero habuisset, legatum [1] deberi ait: alioquin (cioè nel caso che il testatore non solesse esprimersi impropriamente) aurata et inclusa vasis [2] alterius materiae auri numero non habenda » [3].

È superfluo avvertire quanto sia interessante questa dottrina, così larga in materia di interpretazione di atti giuridici, in un giureconsulto così antico.

14. E forse si deve ad un'applicazione di tale sua dottrina, se Tuberone riteneva compresi nel legato di istrumento di un fondo que' capi di bestiame, che il fondo stesso bastava a mantenere. Labeone oppose però sottili obbiezioni a questa sentenza, che non incontrò favore (Jav., 2 ex post. Lab., D. 33, 7, 25 pr.). Io non credo del resto possibile di spiegare tale opinione, se non ammettendo che nel linguaggio ordinario si propendesse a intendere nell'istrumento compreso anco il bestiame, che di quel fondo viveva.

15. Il legato di suppellettile fu da Tuberone egregiamente illustrato. Cominciò egli a fissar bene il concetto di suppellet-

---

[1] Forse " auro legato ".

[2] Così col MOMMSEN, ad h. l.: " vasa " F.

[3] Contrariamente a Tuberone decisero anche Ofilio, Cascellio, Labeone e Giavoleno, D. 33, 10, 10; più temperato è Modestino, fr. 8 eod.; Paolo, fr. 3 § 5 eod.

tile (e che egli lo facesse per uno de' primi sembrano indicare le parole di Celso D. 33, 10, 7, 1: « Tubero hoc modo demonstrare supellectilem *temptat*): 'instrumentum quoddam patris familias rerum ad cottidianum usum paratarum, quod in aliam speciem non caderet, ut verbi gratia penum argentum vestem ornamenta instrumenta aut domus' ». Anche un suo contemporaneo, Alfeno, s' era provato a definire la suppellettile: « supellectilis eas esse res puto, quae ad usum communem patris familias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent » (Alf., 3 dig. a Paul. epit., fr. 6 pr. h. t.). Ma la definizione di Tuberone mi pare più felice: l' *usus cottidianus* è meglio scelto che non l' *usus communis*, il *quod in aliam speciem non caderet* è più esatto e meno ambiguo, l' *instrumentum quoddam*, che accenna evidentemente a un complesso di cose mobili, opportunamente aggiunto. E sembra Tuberone colui, che stabilì in modo definitivo la massima doversi guardare all' *uso* e non alla *materia* degli oggetti e perciò sembra aver usato l' epiteto '*cottidianus*' anzichè '*communis*'. I veteres sembravano titubanti nell' applicare il nome di suppellettile agli oggetti preziosi usati dai ricchi romani; e Paolo o, meglio, Sabino (Paul., 4 ad Sab., fr. 3 § 5 h. t.) scrive:

« craterem argenteum non esse in supellectili nec ullum vas argenteum secundum saeculi severitatem nondum admittentis supellectilem argenteam « veteres statuerunt, sed in argento » [1]: hodie cet. ».

E benchè Sabino e tutti ormai i principali giuristi avessero accolto il principio di Tuberone, gli imperiti, come Sabino stesso fa fede [2], non ne erano ancora persuasi e Papiniano trovava ancora necessario ricordare che perfino il vecchio Ulisse, stando ad Omero, aveva ornato di oro e d' argento il letto coniugale [3].

16. Un legato *per damnationem* impone all' erede di dare alla moglie del testatore « vino, olio, frumento, aceto, miele e salumi ». Trebazio aveva opinato che l' erede potesse liberarsi

---

[1] Così bisogna supplire o in modo analogo. Cfr. anche MOMMSEN, ad h. l.
[2] Fr. 3 § 5 h. t.
[3] (7 resp.) fr. 9 § 1 h. t.

dando quella quantità che volesse, « quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur ». Ofilio invece, Cascellio, Tuberone, seguiti da Labeone e poi anco da Giavoleno (D. 33, 6, 7 pr.), ritenevano che il legato abbracciasse « quantum paterfamilias reliquisset ». Trebazio dava una interpretazione poco felice, giacchè fondata su una mera sottigliezza, e tampoco conforme alla presumibile volontà del testatore. Pare che a' suoi tempi non fosse ancora stabilita la massima che « legatum in heredis voluntate poni non potest » [1].

17. In un testamento s'incontra la disposizione seguente: « *Si Stichus et Dama servi mei in potestate mea erunt cum moriar, tum Stichus et Dama liberi sunto et fundum illum sibi habento* ». Labeone [2] era d'avviso che, manomesso o alienato un solo de' servi prima della morte del testatore, il legato dovesse anco per l'altro rimanere nullo per mancata condizione. Più equa era stata la decisione di Tuberone, che ammetteva essere valido il legato per il servo rimasto nella potestà del testatore. Tale decisione sembra precorrere la massima de' giuristi classici, che in tali casi sia in genere lecito scindere anco le condizioni apposte [3]. Giavoleno si dichiara per Tuberone, il cui parere trova più conforme alla volontà del testatore: Marciano (6 inst., D. 35, 1, 33, 4) afferma che ai suoi tempi era massima generalmente accolta:

« nam hunc sermonem, licet pluralis sit, pro eo oportet accipi, atque si separatim dixisset: ' Stichum, si meus erit cum moriar ' » [4].

18. Rimane finalmente il fr. D. 32, 43, in cui è parola di un legato fatto dal padre alla sua figlia della dote per un futuro matrimonio, da costituirsi « arbitratu tutorum ». Tuberone stima che ciò debba intendersi, come se la dote fosse stata lasciata *arbitratu boni viri,* e Labeone lo segue. È noto come appunto verso gli ultimi tempi della repubblica si stabilisse la massima che, conferito ad alcuno l'arbitrato, debba

---

[1] Ulp. (21 ad Sab.) D. 30, 43, 2.
[2] (2 post. a Iav. epit.) D. 32, 29, 4.
[3] Arg. a Iul. (43 dig.) D. 35, 1, 23.
[4] Cfr. anche Pomp. (12 epist.) D. 35, 1, 112, 2.

intendersi che non possa procedere a capriccio, ma regolarsi da uomo saggio e prudente ([1]).

19. Molte fra le addotte sentenze di Tuberone dovettero provenire certamente dai suoi responsi. Talvolta, infatti, lo vediamo citato fra altri respondenti, p. es. D. 33, 6, 7 pr. « Trebatius aiebat.... Ofilius Cascellius Tubero cet. »; talora vediamo direttamente attestata la sua attività di respondente: D. 18, 1, 77 « Tubero *respondit* ». Inoltre vediamo addotta la testimonianza di Tuberone almeno una volta in Vitellio D. 34, 2, 32, 1, la cui opera era una collezione di responsi ([2]).

20. Questo non può essere dubbio a chi legga passi come D. 33, 7, 18 e 32. 78. L' opera sua, com' è noto, fu commentata da Paolo, il quale vi aggiunse note dichiarative e critiche ([3]) e la giurisprudenza posteriore. Segnatamente v' aggiunse responsi di Cervidio Scevola, autore così in voga nella scuola papinianea per il suo indirizzo pratico e da Paolo specialmente avuto in gran conto ([4]). In alcuni frammenti si può distinguere ben chiaramente quanto appartiene al testo riferito tal quale o epitomato (com' è più verosimile) di Vitellio e quanto appartiene al commentario pauliano. P. es. in D. 32, 78 dal principio a tutto il § 3 abbiamo il testo di Vitellio contenente responsi suoi o d'altri (nel qual caso avanti il ' respondit ' i compilatori giustinianei avrebbero omesso il nome del respondente), e dal § 4 al 7 abbiamo il commento pauliano. Non di rado vengono addotti responsi di Sabino (cfr. D. 28, 5, 18 e 33, 7, 18, 12) e qui, secondo ogni probabilità, si deve pensare ad avanzi del commentario che Sabino scrisse all' opera di Vitellio, da Paolo conservati nel suo. Ora sarà facile comprendere la disposizione del frammento D. 34, 2, 32. Vitellio cita vari responsi, prima uno di Aquilio Gallo, poi uno contrario di Labeone, indi uno di Tuberone intermedio; nel § successivo entra

---

([1]) Basti per ora addurre Ulp. (29 ad Sab.) D. 18, 1, 7, ove parlandosi della vendita del servo " si rationes domini computasset arbitrio „ si osserva: " placuit *veteribus* magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam in domini „.

([2]) Forse da D. 7, 8, 3 si potrebbe inferire che l' opinione tuberoniana, che si trova nel fr. 2 § 1 eod., fosse pure addotta da Vitellio.

([3]) P. es. D. 28, 5, 18. 33, 7, 14.

([4]) V. p. es. D. 7, 1, 50. 28, 2, 19. 33, 4, 16. 33, 7. 18, 4-9; 18, 13-14. 34, 2, 32, 3-4; 32, 7-9.

in scena Paolo, che adduce un responso di Scevola e continua poi ne' §§ seguenti il suo commento [1].

21. Questo è quanto ci fu possibile indagare intorno a questo antico prudente. Se non era l'affettato arcaismo dello stile e della lingua usata da lui, sarebbe stato più universalmente letto e più ci sarebbe stato tramandato intorno a lui ed alle sue dottrine. Ma le tenebre folte, che ora ricoprono la sua degna memoria, non è speranza che possan venire diradate mai!

---

[1] Ci sia permesso approfittare dell'occasione per osservare come i frammenti tolti a' 4 libri di Paolo *ad Vitellium* si riferiscano *tutti* alla dottrina de' testamenti: nel libro 1° si parla delle istituzioni in erede [D. 28, 2, 19. 28, 3, 10. 28, 5, 18. 50, 17, 181]; nel 2°, 3° e 4° de' legati, della nomina del tutore, delle manumissioni testamentarie. D. 50, 16, 84 si riferisce all'interpretazione di disposizioni testamentarie: D. 50, 17, 182 al legato di cosa che non sia in commercio; D. 7, 8, 3 al legato di uso; D. 45, 1, 93 pare accenni a una novazione fra l'erede e il legatario. Gli altri frammenti accennano troppo evidentemente al contenuto dell'opera. Difficilmente l'opera di Vitellio si estendeva solo a questa materia; laonde, tenuto conto del fatto che gli antichi sistemi solevano cominciare con la dottrina delle successioni testamentarie, bisogna ritenere o che Paolo non abbia commentato che la prima parte dell'opera di Vitellio, o che i compilatori non abbiano posseduto od usato che la prima parte del commento pauliano. La prima ipotesi tuttavia sembra più verosimile, non solo perchè l'indice fiorentino accenna a soli *quattro* libri di Paolo *ad Vitellium* senz'altra avvertenza (ciò che del resto non sarebbe un argomento apodittico), ma anche perchè tale opera fu una delle ultime di Paolo (cfr. FITTING, *Alter der Schriften*, p. 50) e potè benissimo essere stata interrotta dalla morte del laborioso giureconsulto. A sostegno dell'opposta opinione, che cioè l'opera stessa di Vitellio si restringesse alla dottrina dei testamenti e del loro contenuto, si potrebbe addurre che *tutte* le citazioni occorrenti nelle nostre fonti dei libri di Sabino *ad Vitellium* si riferiscono a tale materia: esse sono ne' passi seguenti: D. 32, 45. 33, 7, 8 pr.; 12, 27. 33, 9, 3 pr. 34, 2, 19, 17. 34, 9, 22.

Sesto Pedio (*).

Benchè la compilazione della giurisprudenza fatta per ordine di Giustiniano comprenda frammenti tolti da opere numerose e offra nel complesso un' idea non del tutto inadeguata di quella meravigliosa manifestazione del pensiero romano, è certo che molto più è quello che ignoriamo, che non quello, che ci è dato di sapere. Per esempio, di molti insigni giureconsulti, la cui attività ebbe influenza grandissima sullo sviluppo del diritto, cui fecero di non poco progredire, niun frammento conservano i Digesti, che pur non mancano di riportare passi numerosi di talune mediocrità, come per es. Modestino. A noi non resta che raccogliere con premurosa diligenza le menzioni che si trovano sparse di quei giureconsulti e delle opere loro e delle loro opinioni, onde colmare, così, il meno imperfettamente che sia possibile, alcune delle moltissime lacune, che la storia della giurisprudenza romana pur troppo presenta. « Nam perinde atque illi qui urbis Romae parietinas mirantur et cadaveribus illis, ut ita dixerim, templorum et aedificiorum utuntur ad artificia veterum addiscenda, sic nos in his fragmentis legum atque librorum iuris veterum romanorum iurisprudentiam sectamur ». Così Antonio Agostino (1), ch' ebbe sì vivo il senso storico del diritto.

E per vero cotali ricerche giovano non solo alla storia della giurisprudenza, ma puranche alla corretta intelligenza delle fonti e alla miglior conoscenza dei dogmi giuridici studiati nella loro funzione e nel loro sviluppo.

(*) [In *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 1886, pp. 34-46].

(1) *Op.* I, 168 (Lucca, 1765).

Un saggio di tali studi è quello che segue intorno a Sesto Pedio [1], uno appunto di quei giureconsulti, di cui le Pandette non conservano alcun frammento, ma per l'efficacia e autorità sua notevolissimo.

Questo scrittore è mentovato nelle Pandette 58 volte [2]. Di queste citazioni, 38 appartengono ai *libri ad Edictum* di Ulpiano [3], 17 all'opera omonima di Paolo, una al 2° libro di Paolo *ad Plautium* [4], una al 2° del commentario di questo giureconsulto alla legge Giulia e Papia [5] e una finalmente al 2° libro di Paolo *ad Vitellium* [6]. Tranne dunque la citazione occorrente nel § 93 dei Frammenti vaticani e che appartiene all'incerto autore dell'opera sugli interdetti, tutte le altre citazioni di Pedio a noi pervenute sono contenute in opere di Ulpiano o di Paolo. Ma da ciò non deve punto conchiudersi, che Pedio non godesse ai suoi tempi e nel migliore periodo classico autorità notevole e che la sua memoria venisse appena risuscitata dai compilatori del tempo dei secondi Antonini. Vedremo, infatti, come tali citazioni non si possano ordinariamente ritenere come fatte di prima mano e come le fonti, da cui derivano, appartengano appunto al periodo più splendido della letteratura giuridica romana.

Le citazioni pediane possono distinguersi in due gruppi. Alcune portano l'indicazione del libro, a cui si riferiscono:

---

[1] Questo non è punto un lavoro biografico, ma un contributo critico alla storia delle fonti e de' dogmi giuridici. Le notizie e le congetture relative alla parte biografica sono nel TYDEMANN, *De Pedio iurisconsulto*, Lugduni Batavorum 1822. Qui avvertiamo soltanto come, secondo ogni verosimiglianza, Sesto Pedio deva ascriversi all'età traianea: e questo è in sostanza il risultato, a cui giungono lo ZIMMERN, *Gesch. des röm. Privatrechts*, I, 1, 333, e il RUDORFF, *Röm. RG.* 1, 185. Lo studio seguente, dimostrando quali autori abbiano conosciuto gli scritti di Pedio e quale posto gli competa nella storia della giurisprudenza romana, confermerà pure tale asserzione. V. la nostra *Storia delle Fonti*, p. 68.

[2] E una volta nei Frag. Vat. § 93, in un passo per disgrazia irreparabilmente mutilo.

[3] Non soltanto 26, come ha il PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, p. 23.

[4] D. 9, 2, 33. La citazione appartiene, secondo ogni verosimiglianza, a Plauzio stesso.

[5] D. 35, 2, 63 pr.

[6] D. 33, 7, 18, 3.

altre invece — e sono di gran lunga le più numerose — non arrecano che il nome dell'autore. Anche le citazioni della prima specie non recano, tranne due, il nome dell'opera; ma solo il numero del libro. Esse sono:

1. Ulp. (10 ad Ed.) D. 3, 5, 5, 11 (9) ' apud P. libro septimo '.
2. Ulp. (11 ad Ed.) D. 4, 2, 7 pr. ' P. dicit libro septimo '.
3. Ulp. (11 ad Ed.) D. 4, 2, 14, 5 ' P. quoque libro octavo scribit '.
4. Ulp. (11 ad Ed.) D. 4, 3, 1, 4 ' ut et P. libro octavo scribit '.
5. Ulp. (13 ad Ed.) D. 4, 7, 4, 2 ' P. libro nono ait '.
6. Ulp. (13 ad Ed.) D. 4, 8, 7 pr. ' P. libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt '.
7. Ulp. (13 ad Ed.) D. 4, 8, 13, 2 ' ut P. libro nono dicit '.
8. Ulp. (29 ad Ed.) D. 14, 4, 1, 1 ' P. libro quinto decimo scribit '.
9. Ulp. (29 ad Ed.) D. 15, 1, 7, 3 ' P. libro quinto decimo scribit '.
10. Paul. (28 ad Ed.) D. 12, 1, 6 ' P. libro primo *de stipulationibus*.... ait '.
11. Paul. (41 ad Ed.) D. 37, 1, 6, 2 ' P. libro vicesimo quinto *ad edictum* scribit '.

È intanto notevole che tutte le citazioni aventi il numero del libro senza indicazione dell'opera appartengano ad Ulpiano. Quale sia tale opera non è però difficile a scoprirsi. Confrontando le analoghe citazioni di Labeone e Pomponio (per es. D. 4, 8, 7 pr.), ricordando l'argomento dell'opera ulpianea e la natura stessa delle opinioni riferite, e soprattutto la citazione di Paolo riferita per ultima, non si può dubitare che si tratti di un commento all'Editto. E non pare da mettersi in forse che anche le altre abbondanti citazioni occorrenti senza titolo di opera e numero di libro nei frammenti dei libri *ad edictum* di Ulpiano e di Paolo si debbano all'opera stessa, poichè esse stanno in rapporto colla dichiarazione delle più svariate materie edittali. E così deve probabilmente dirsi di quelle poche, che si trovano in frammenti d'altra natura [1].

---

[1] Forse alcuno da Ulp. (7 ad Ed.) D. 50, 16, 13, 1 " ut Sabinus ait et Pedius probat „ sarebbe tentato di credere, che anche Sabino venisse commentato da Pedio, tanto più che la citazione di Paolo (2 ad Vitell.) D. 33,

Affatto singolare è quella citazione di Paolo, D. 12, 1, 6 « Pedius *libro primo de stipulationibus* ». Benchè si ritenga comunemente che Pedio scrivesse un'opera speciale intorno alle stipulazioni ([1]), io non so nascondere il dubbio che pur questa citazione si riferisca ai commentarii all' Editto. È noto, infatti, come i commentatori, arrivati al titolo « de stipulationibus praetoriis », solessero esporre la dottrina generale e completa delle stipulazioni in ampio trattato comprendente più libri. Cinque libri abbracciava quella di Ulpiano (77-81), sette quella di Paolo (72-78), due quella di Gaio (27-28) e sette quella di Giuliano (52-58) ([2]). È, dunque, da credersi, che anche il commento pediano avesse più di un libro su questo argomento, tanto più ove si pensi che non era poi troppo angusto, come più avanti vedremo. E poichè era costume di citare come opere per sè stanti e con separata numerazione parti dei commentarii riferentisi a una sezione dell' Editto, niuno negherà che questo possa essere anche il caso presente. Si obbietterà forse che la citazione avrebbe dovuto dire « de stipulationibus praetoriis » e non semplicemente « de stipulationibus » e che sarebbe strano questo modo di citare, mentre altrove si cita sempre il numero progressivo in ordine alla opera intiera.

La prima obbiezione non avrebbe gran forza. Noi sogliamo chiamare « de stipulationibus praetoriis » ([3]) questa sezione dell' Editto, trovandosi tale denominazione nella rubrica dei Digesti 46, 5 e nel corso di questo titolo ([4]); ma non è per nulla probabile, che così fosse anche intitolata nell' albo. Il pretore

---

7, 18, 3, che concerne l' interpretazione de' legati, sembra riferirsi più propriamente a un libro di *ius civile*. Ma: 1° sarebbe strano non veder mai nominato Pedio ne' libri Sabiniani, qualora egli avesse davvero commentato Sabino; 2° Sabino è citato con molta frequenza anco ne' commentari all' Editto (per es., PERNICE, *Ulpian* etc., 31-32) e poteva quindi essere addotto anco in Pedio; 3° una regola così generale di interpretazione, come quella riferita da Paolo, l. c., poteva benissimo trovar posto anche in un commento all' Editto, ove si parlasse dell'*a. certi* o *incerti ex testamento*, o anche ove si esponessero osservazioni generali sui legati e la loro interpretazione. Cfr. LENEL, *E. P.*, p. 294 [3ª ed., p. 367].

([1]) Così io pure nella *St. delle Fonti*, p. 68. — ZIMMERN, *Gesch. des röm. PR.*, I, 1, 333.

([2]) Cfr. LENEL, *E. P.*, p. 407 [3.ª ed., 514].

([3]) LENEL, l. c.

([4]) Fr. 1 pr.; fr. 2 pr. 3; 4; 5; 6; 7; 9.

in persona propria doveva proporre le stipulazioni senz' altra aggiunta; nei lavori sistematici e nelle collezioni generali di diritto queste doveano dirsi *pretorie* per distinguerle dalle altre aventi cause diverse. Ed è ben verosimile che i commentarii, attenendosi alle rubriche dell'albo, intitolassero questa sezione « de stipulationibus » (1).

In quanto alla seconda, osserviamo che tutte le altre citazioni che portano il numero progressivo in ordine all' opera completa sono di Ulpiano, mentre questa è di Paolo, e non è dunque troppo difficile a concepirsi una diversità di citazioni, trattandosi di autori diversi. Del resto, anche riguardo ai due commentarii di Ulpiano e di Paolo, ora si cita il numero del libro rispondente al complessivo dell' opera, ora con separata numerazione si citano i libri relativi alle diverse sezioni (de iudiciis, de rebus) (2).

---

(1) Non così nel corso del trattato, che, come si è avvertito, parlava anco delle altre stipulazioni in genere e dove, quindi, occorreva distinguere. Anche volendo ammettere, contro ogni probabilità, che la rubrica edittale fosse " de stipulationibus praetoriis „, la citazione di Paolo si spiegherebbe facilmente in questo senso, come una naturale abbreviazione. Si pensi alla citazione ordinaria " de rebus „ [D. " Tanta „, § 4] per " de rebus creditis „ (integra ne' fr. Vat. § 266). — Poichè ci è data occasione, avventuriamo la domanda se i §§ 90-93 de' fragm. Vat. non possano essere tolti da qualche commento all' Editto (poni di Paolo), di cui si cita la sezione " de interdictis „. Sta il fatto che la misura osservata nella trattazione degli argomenti è quella de' commentari all'Editto e che l'ordine delle materie sembra l'edittale. Il fr. 90, tolto dal l. 1°, risponde precisamente al libro 1° relativo a questa sezione di Ulpiano e Paolo; i fr. 92-93, tolti dal libro 4°, rispondono pure al libro 4° sugli interdetti dei due citati commentari. Il fr. 91, tolto dal l. 2°, tratta però un argomento, che in questi è trattato nel 3°: ove si potrebbe anche agevolmente pensare a un *lapsus* e correggere II in III. Si noti, infine, che l' unica opera sugli interdetti, a cui si potesse pensare, era quella di Venuleio (e a Venuleio attribuisce, infatti, i frammenti lo HUSCHKE, *Iur. anteinst.* p. 692 sg., 730 sg.); ma che un accurato esame costringe a respingere tale ipotesi (cfr. LENEL, *E. P.*, p. 362 n. [3.ª ed., 453 n. 5]). Nè sembra che il compilatore dell' opera, di cui ci rimangono i frammenti vaticani, avesse alle mani altre opere di giurisprudenza, che di Papiniano, Paolo e Ulpiano. — Che poi il libro 1° " *de tutelis* „ di Ulpiano citato nei frammenti sinaitici (Z. 14, KR. 16, ALIBR. 14) non sia che il libro 37° ad Ed. dell' autore stesso è ben verosimile congettura del nostro insigne ALIBRANDI, *Documenti di st. e dir.*, III, ad 4° fr. [*Opere*, 440].

(2) Cfr. il framm. " de dediticiis „ in *Ztschr. der Savigny-Stiftung*, R. A., I., 95 e HUSCHKE, *Die jüngst aufgefundenen Bruchstücke der römischen Juristen*, pp. 13-15.

Nè sarebbe serio l'opporre, che di tal maniera di citazione non abbiamo altro esempio. Anche della citazione « de iudiciis » abbiamo avuto solo di recente un esempio nei frammenti egizii.

Quale dovette essere l'estensione dell'opera di Pedio? Da Servio, che « duos brevissimos libros ad edictum subscripsit », agli sterminati commenti di Pomponio, Paolo ed Ulpiano furono scritti all' Editto commentarii molteplici di mole assai diversa. Ammettendo, come si deve pur fare, che la redazione giulianea non alterasse gran fatto l' ordine tralatizio degli argomenti nell'Editto, e riflettendo pure come il libro 7° di Pedio risponda al 10° di Ulpiano (D. 3, 5, 5, 11 [9]), il libro 8° al libro 11° (D. 4, 2, 14, 5. 4, 3, 1, 4), il libro 9° al libro 13° (D. 4, 7, 4, 2. 4, 8, 7. 4, 8, 13, 2), il libro 15° al libro 29° (D. 14, 4, 1, 1. 15, 1, 7, 3), e come il libro 25° risponda al 41° di Paolo (D. 37, 1, 6, 2), possiamo conchiudere, che l'opera pediana avesse circa una estensione uguale alla metà del commentario di Ulpiano e superasse, quindi, notevolmente in estensione il commento gaiano all' Editto provinciale [1]. Il commentario pediano si estendeva poi anche all'Editto edilizio; e pare, anzi, che questa parte fosse trattata con diligenza speciale, giacchè ad essa si riferisce il numero relativamente maggiore di citazioni. Nel titolo 21, 1 è ben 10 volte menzionato Pedio [2], e anche la citazione di Ulpiano D. 1, 3, 13 si riferisce a questa parte.

Prima di cominciare un breve esame delle dottrine di Sesto Pedio non sarà inopportuno indagare di quale natura sieno le citazioni di tale autore, che s' incontrano nei frammenti di Paolo ed Ulpiano. Riguardo a quest' ultimo l' argomento fu trattato recentemente dal Pernice nel suo arguto lavoro: *Ulpian als Schriftsteller* [3]. Egli arriva alla conclusione, che non è possibile ammettere un uso costante e sistematico dell' opera pediana da parte di Ulpiano; « dazu sind die Entlehnungen zu spärlich und zu vereinzelt ». Parecchie delle citazioni si possono ritenere prese da Pomponio, altre no; e queste, ove non provengano da altra fonte, sono relazioni

---

[1] In Gaio sono i libri 3-4 che rispondono ai libri 10-13 in Ulpiano. Il libro 9 risponde ai libri 26-30: ove bisogna però riflettere che Gaio tratta più avanti la materia " de religiosis ".

[2] Otto di tali citazioni appartengono al libro 1° *ad ed. aed.* di Ulpiano, una al l. 1° e una al l. 2° *ad ed. aed.* di Paolo.

[3] pp. 23-24.

tradizionali di opinioni di cui Pedio è l' autore. « Vielleicht — così il professore berlinese — hat er das Originalwerk dabei nachgeschlagen; man mag das zu seiner Ehre sich vorstellen » (1).

Dal numero notevolmente minore delle citazioni si sarebbe tentati di credere che Paolo avesse ancor minore conoscenza di Pedio. Ma non si richiede che un'attenta lettura dei passi che vi si riferiscono per essere convinti del contrario. Ognuno sa, del resto, quanta parte abbia in tali cose la sorte e come assai meno ci sia conservato del commentario di Paolo, che non di quello di Ulpiano (2). Mentre le citazioni di Ulpiano son tutte nei libri *ad Edictum*, cioè in quelli di identico argomento, Paolo cita Pedio anche in altri lavori, il che dimostra uno studio proprio e una più sicura conoscenza di questo autore. E, mentre quelle di Ulpiano si riferiscono in grandissima parte a generalità, definizioni e massime tralatizie (3), quelle di Paolo contengono spesso particolari, decisioni e osservazioni. Finalmente, assai di frequente è evidente la fonte intermedia, da cui Ulpiano ha preso la citazione, mentre ordinariamente questo non si può dire per Paolo (4). Non è che Paolo abbia fatto uno studio profondo e sistematico di Pedio: ciò non è concesso di ammettere di fronte a pochissime e saltuarie menzioni di un' opera così rilevante; nè tali ricerche erano nelle abitudini dei frettolosi compilatori del tempo degli ultimi Antonini. Ma che egli consultasse più di frequente e

---

(1) Non divido il dubbio del Pernice per alcuni luoghi, in cui si trova citato Pedio con singolare frequenza e compiacenza. Che, p. es., commentando l' editto edilizio Ulpiano consultasse direttamente l' opera di Pedio, mi par sicuro. Noto però anche che i luoghi, in cui si può provare che Ulpiano ha preso da Pomponio la citazione, sono più numerosi di quelli citati dal Pernice a pag. 24 n. 1. Cfr., p. es., D. 43, 24, 1, 6.

(2) Al fatto che in Paolo non si cita che due sole volte il libro, a cui la citazione si riferisce, non annetto troppa importanza. Ulpiano è famoso nel toglier di peso a' suoi modelli non pur le opinioni dei giureconsulti, ma l'intera e formale citazione; mentre per es. Celso, che fruga originalmente nelle opere citate, omette ben di frequente il titolo dell'opera e il numero del libro. Sul modo, poi, negligente, che usa Paolo nel citare, vedi le giuste osservazioni del Fitting, *Alter der Schriften*, pag. 44.

(3) Pernice, *l. c.*

(4) Da Giuliano derivano le due citazioni D. 4, 8, 32, 16 e 41, 3, 8, 1.

con maggior cura l'opera pediana, che non facesse il suo contemporaneo, si dovrà pur confessare.

Non credo di essere lungi dal vero affermando essere stato Sesto Pedio uno dei precipui precursori di Salvio Giuliano. Non ci è tramandato ch'egli appartenesse ad una delle due scuole, nè v' ha argomento per ascriverlo ad una anzichè all' altra. Elaborò il diritto con acume e indipendenza grande, con vivo sentimento dell' *aequitas* e una sagace modernità d' indirizzo. In quello sforzo mirabile e tenace della giurisprudenza classica di liberare il diritto dalla rigidità omai superflua del formalismo antico e di far prevalere uno spirito più universale e più umano è certo che molto merito è dovuto a Pedio. Di questo è traccia in quasi tutte le sue interpretazioni a noi pervenute; ma segnatamente in quelle che si riferiscono al diritto delle obbligazioni.

È omai ben noto [1], come si debba alla imponente autorità di Salvio Giuliano quel colpo decisivo al vecchio formalismo per cui la volontà venne a considerarsi in ogni negozio giuridico come l'elemento precipuo, e la forma solo come un mezzo più o meno indispensabile alla sua manifestazione, ma non come qualche cosa di immanente e assolutamente inscindibile e meno ancora come l' essenza del negozio stesso. Si cfr. per es. D. 18, 5, 5 pr. (Iul. 15 dig.):

« acceptilatio in hac causa non sua natura, sed *potestate conventionis* valet ».

Ma non si deve tacere che la via era stata preparata da Sesto Pedio, il quale aveva per il primo avvertito come in ogni contratto l' incontro delle volontà dei contraenti sia l'elemento essenziale comune; e come nella forma debba cercarsi il modo con cui essa volontà nei casi singoli si esterna con efficacia giuridica, ma non la sostanza dei contratti diversi. Ecco il passo importantissimo:

Ulp. (4 ad Ed.) D. 2, 14, 1, 3:

adeo *conventionis* nomen generale est, ut eleganter dicat *Pedius* nullum esse contractum, nullam obligationem [2], quae

---

[1] Cfr., per es., PERNICE, *Labeo*, I, 403-408.

[2] Intende naturalmente le obbligazioni contrattuali. Cfr. HAIMBERGER, *Diritto romano puro* (trad. Fulvio), p. 307 n. 9.

non habeat in se conventionem, *sive re sive verbis* (1) fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, velut in emptionem in locationem in pignus vel in stipulationem.

Da questo modo di considerare le obbligazioni discendono dottrine più larghe e più eque in materia d'interpretazione sia dei contratti, che degli atti di ultima volontà. Per es.:

Paul (28 ad Ed.) D. 12, 1, 6:

« *Pedius* libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; *quatenus mutua vice fungantur quae tantundem praestent* ».

E più ancora notevole è la regola pediana ricordata pure in Paolo (2 ad Vitell.) D. 33, 7, 18, 3:

« optimum ergo esse *Pedius* ait *non propriam verborum* significationem *scrutari*, sed *in primis quid testator demonstrare voluerit*, deinde in qua praesumptione sunt qui in quaque regione commorantur » (2).

Il fr. di Ulp. (4 ad Ed.) D. 2, 14, 7, 8:

« plerumque enim, ut *Pedius* ait, persona pacto inseritur, *non ut personale pactum fiat* »,

va riferito qui; perchè in esso pure s'accentua l'intenzione vera delle parti di fronte all'espressione apparente.

Tale riguardo all'intenzione appare anche nel commento all'Editto edilizio; cfr. Ulp. (1 ad ed. aed.) D. 21, 1, 19 pr.:

« ut *Pedius* scribit, multum interest commendandi servi causa quid dixerit (venditor), an vero praestaturum se promiserit quod dixit ».

La stessa teorica pediana delle obbligazioni cessanti e rinascenti esposta in un frammento interessantissimo di Paolo

---

(1) Ulpiano e Pedio avranno aggiunto " sive litteris ".

(2) Negli atti di ultima volontà s'ebbe riguardo ancor prima che non in quelli tra vivi alla mente dell'autore, anzichè alle parole e alla forma. È noto, anzi, come Tuberone sia andato tanto avanti, da non poter essere seguito da un giurista dell'età adrianea (D. 33, 10, 7, 2, Celso 19 dig.). Parrebbe dal frammento riferito nel testo che Pedio dividesse l'avviso di Tuberone.

(72 ad Ed.), D, 45, 1, 83, 5, dipende in ultima analisi dall' alta importanza data da Pedio all' elemento subbiettivo; la quale tendenza sembra averlo condotto (come nel caso attuale) a qualche esagerazione, ben naturale e scusabile in chi stabilisce o contribuisce a stabilire un principio prima ignoto o negletto. Infatti, secondo Pedio, una stipulazione, purchè vi abbia la volontà delle parti, dev' esser valida, ancorchè la natura delle cose ne impedisca l' attuazione; appena questa si muti e l' attuazione diventi possibile, la potenzialità si determina e l' obbligazione diventa esigibile. Pedio aveva, per verità, cercato di corroborare la sua tesi con argomenti analogici scelti poco felicemente, contro i quali Paolo muove argute osservazioni critiche. Ma che tali analogie non costituissero il fondamento della teoria di Pedio (come parrebbe a prima vista dalla critica pauliana) è chiaro anche dal modo stesso con che Paolo s' esprime: « pro quo *et illud dici posse Pedius scribit* »; cioè: « a favore di tale dottrina scrive P. che si potrebbero addurre *anche* le seguenti analogie ». La vera motivazione è quella addotta pure da Paolo, e tolta a un giureconsulto classico (Celso ?), di cui s' è perduto il nome [1], che aveva aderito alla dottrina pediana: « quoniam una atque eadem causa liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit ». Le quali parole non possono interpretarsi altrimenti che così: l' obbligazione, dato il consenso delle parti e la forma richiesta, sussiste in astratto ancorchè pel momento inattuabile, col mutarsi delle circostanze di fatto diventa esigibile diventando attuabile.

Finalmente a questa tendenza di Pedio riconduco la sua famosa regola: Ulp. (37 ad Ed.) D. 47, 2, 50, 2:

« *Pedius* ait: sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse ».

La quale citazione ci mostra l' analisi dell' elemento subbiettivo ancora nel campo delle obbligazioni *ex delicto*.

Altri e importanti criteri in materia di obbligazioni vengono riferiti a Pedio. Egli fu — come Paolo attesta in due luoghi [2], ripetendo anche l' elegante motivazione — che fece

---

[1] Cfr. Mommsen, ad h. l.

[2] (2 ad Plaut.) D. 9, 2, 33; (2 ad l. Iul. et Pap.) D. 35, 2, 63 pr.

trionfare la dottrina doversi il prezzo delle cose considerare obbiettivamente e non *ex affectione nec utilitate singulorum.* Fu Pedio che pose fine a parecchie controversie sull' arbitrio nell'*actio quod metus causa*: cfr. Ulp. (11 ad Ed.) D. 4, 2, 14, 5:

« *Pedius* quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem, qui vim admisit, iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit; eum autem, ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit; nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet ».

Così pure è a Pedio che si deve la regola (cfr. Ulp., 10 ad Ed., D. 3, 5, 5, 11-13) che la *ratihabitio* non crea un'azione diretta di mandato là, dov' è già fondata la « *negotiorum gestorum* ». Contro la dottrina contraria si dichiara anche Scevola nell' arduo fr. 8 eod. Essa era molto seducente, dacchè era, specialmente per influenza di Sabino (1), sorta la massima: " *ratihabitio mandato comparatur* ". e dacchè non si negava l'*a. mandati* in luogo dell' *a. neg. gest. contraria* in seguito alla *ratihabitio* (2).

Che il *paterfamilias* o il *dominus* potesse, abbandonando le merci ai creditori, liberarsi dalle molestie della *tributio* e dal pericolo di essere convenuto colla *tributoria*, è massima riferita espressamente a Pedio (3). A me sembra, poi, notevolissima la massima riferita a Sesto Pedio (D. 19, 4, 1, 3), « alienam rem dantem nullam contrahere permutationem ». Giacchè non solo prova com' egli contribuisse a stabilire le caratteristiche di questo contratto; ma anche com' egli aderisse decisamente alla dottrina proculiana, che vedeva nella permuta un contratto distinto dalla compravendita.

---

(1) Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, 516-517.

(2) V. pure Ulp. D. 50, 17, 60.

(3) Ulp. (29 ad Ed.) D. 14, 4, 7, 1. Sono singolari i commenti dei Greci a questo passo (Bas. 18, 2, 7 sch. 47; Suppl. Basil., pag. 185). Cobida e Doroteo intendono il testo in modo che il padre e il padrone non possano liberarsi da' fastidi della *tributio*, che abbandonando ai creditori l'intera merce; invece Taleleo riteneva che essi potessero lasciare a' creditori di fare (mediante un arbitro) la divisione delle merci, senza rinunziare alla propria porzione del prezzo ricavato. Cfr. anche ZACHARIAE, *Ztschr. der Savigny-Stiftung*, R. A., VI, 26. Naturalmente ragionavano meglio i primi.

Anche nella procedura si devono ricordare dottrine importanti, che vengono ricondotte al nostro giureconsulto. Per es., quella, che in casi eccezionali può concedersi al liberto facoltà di intentare un' azione propria anche famosa contro il patrono (Ulp. (5 ad Ed.) D. 2, 4, 10, 12); quella, che si può intentare la rivendicazione contro il possessore, quantunque sia già stato convenuto e condannato *qui liti se obtulit* (Paul. (11 ad Ed.) D. 6, 1, 7); quella, che, giurando l' attore *sibi deberi* in un caso di litiscrescenza, non può pretendere il doppio, ma deve contentarsi del *simplum* (Paul. (18 ad Ed.) D. 12, 2, 30 pr.); quella, che, essendo parecchi i padroni di un servo ingiuriato, la condanna a vantaggio dei singoli padroni deve farsi in proporzione della loro quota di dominio (Paul. (55 [1] ad Ed.) D. 47, 10, 16); quella, che anche la competenza di un interdetto o di una semplice eccezione basti ad escludere l' azione di dolo (Ulp. (11 ad Ed.) D. 4, 3, 1, 4).

Come esempi della sua sagace elaborazione dell' Editto si potrebbero citare alcune delle sue interpretazioni dell' Editto edilizio. È già stato osservato [2] che a Pedio si deve specialmente se fu stabilito che nell' *a. redhibitoria* il compratore dovesse rispondere (tuttochè interinalmente proprietario) anco della colpa lieve. Chè da lui pende Ulpiano nel fr. 25 § 4 sq. di questo titolo (21, 1), come pure nel fr. 30; e non solo nei §§ 13-15, in cui Pedio è per nome citato, ma anche in quelli che immediatamente precedono e che con questi intimamente si collegano [3]. D' altra parte viene ricondotta a Pedio la regola, che il compratore possa comprendere nella formula le spese fatte « ad curandum servum » prima della *litis contestatio* (Paul. (1 ad ed. aed.) fr. 30 § 1 h. t.). Anche a fissare il concetto di « morbus » nell' Editto edilizio giovarono le interpretazioni pediane (Ulp. (1 ad ed. aed.), fr. 12 § 1, 14 § 4 h. t.). Da tali interpretazioni appare un concetto ben più esatto di quello, che sembra avessero i *veteres*, che vi comprendevano anche imperfezioni, che non disturbavano le funzioni normali. Ciò ri-

---

(1) Così va corretto: cfr. Lenel, *E. P.*, p. 320, 448 [3a ed., 401].

(2) Pernice, *Labeo*, II, 325-26.

(3) Nel § 16 Ulpiano passa a commentare la formula dell'*a. quanti minoris*: Lenel, *E. P.*, p. 440 [3a ed., 561].

sulta dal bisogno che provano i giuristi classici di accentuare — a costo anche di entrare in una minuta casistica — la massima contraria, e da confronti come, per es., del parere di Catone con quello del più recente Ofilio (Ulp. (1 ad ed. aed.) fr. 10 pr. § 1 h. t.). E rispetto all' obbligo di restituire del compratore, è indubitato che Pedio fu uno di quelli, per autorità dei quali formossi la regola dovere il giudice rimettere le cose « in statu quo ante ». Ma sarebbe ingiusto riferire questa sentenza (fr. 23 § 9 h. t.; cfr. fr. 25 § 4 eod.) ad una dottrina, che fece indubbiamente capolino nel diritto romano [1], che cioè il servo redhibitus « perinde habeatur ac si meus numquam fuisset ». Chè Pedio è ben lungi dal valersi di questa ragione (ciò che avrebbe certo fatto, ove l' avesse accettata); ma nel 1° caso si vale di un' argomentazione a contrario, nel 2° si richiama direttamente all' equità (P. ait *aequum* fuisse).

Prima di chiudere, accenniamo ad alcune definizioni ed enunciazioni di Pedio divenute famose.

Ulp. (13 ad Ed.) 4, 8, 13, 2:

recepisse.... arbitrium videtur, ut *Pedius* libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur.

Ulp. (52 ad Ed.) D. 39, 1, 5, 9:

belle *Sextus Pedius* definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem aut publicam aut impositiciam, cet.

Ulp. (69 ad Ed.) D. 43, 17, 1, 4:

ut *Pedius* ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus.

Speciale considerazione merita la seguente:

Ulp. (4 ad Ed.) D. 2, 14, 7, 9:

ut ait *Pedius*, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.

---

[1] Sabino trovò il bisogno di confutarla; v. D. 47, 2, 17, 2 (Ulp. 39 ad Sab.).

Questa definizione si rannoda assai strettamente a quelle dei giureconsulti repubblicani e non tien calcolo del più largo concetto del dolo in diritto civile (senza necessità di ***simulazione***), che a' tempi di Pedio s'era già venuto formando e che già Labeone aveva, com'è risaputo, accolto nella sua definizione molto comprensiva.

Aulo Cascellio e i suoi responsi (*).

È noto come un benemerito cultore della scienza delle fonti del diritto romano, E. Dirksen, abbia lasciato una memoria intorno all' antico prudente Aulo Cascellio (1). Nè si può negare ch' egli abbia benissimo compreso quale metodo si convenisse per tale ricerca.

« Anzitutto, scrive egli (2), occorre confrontare il testo di Pomponio, che vi si riferisce (3), con le analoghe osservazioni fatte dallo stesso a proposito di altri giureconsulti; bisogna, quindi, esaminare i cenni che si trovano negli antichi scrittori sulle sue particolari doti letterarie; infine, e soprattutto, bisogna radunare accuratamente e analizzare profondamente le citazioni fatte da altri giuristi e concernenti forma o contenuto di decisioni giuridiche o di osservazioni scientifiche dello stesso A. Cascellio, che si trovano ora disperse nelle Pandette di Giustiniano ».

Ma non si potrebbe altrettanto sostenere che a tale metodo il Dirksen si mantenesse fedele, nè, per conseguenza, che arrivasse a buoni risultati.

L' ultima parte, quella che si rapporta allo studio diligente delle opinioni cascelliane conservate nei Digesti per fissare

---

(*) [Note critiche lette al R. Istituto Lombardo nell' adunanza del 19 maggio 1886, XIX, 395-410].

(1) *Denkschrift d. Berlin. Akad.*, 1858; ripubblicato negli *Hinterlassene Schriften* dal SANIO, II, 435-448. Qui si tace della più antica bibliografia (cfr. ZIMMERN, *Gesch. des röm. P. Rts.*, I, 1, 299 sgg.) priva quasi affatto di valore. Noi citiamo secondo l'edizione del SANIO.

(2) L. cit., 442.

(3) D. 1, 2, 2, 45.

con la maggiore approssimazione, che si possa, il posto che a Cascellio compete nei fasti della giurisprudenza romana, fu da lui affatto negletta. Invece dedicò egli molta cura all'esame delle notizie, che sopra Aulo Cascellio vi hanno negli scrittori non giuristi. Non mancano qua e là buone osservazioni [1]; ma abbondano anche più le cattive. Si ha il doloroso spettacolo di un uomo, a cui la natura ha inesorabilmente negato il senso critico e che, nonostante sforzi cospicui, non sa trarre dalla sua magistrale erudizione che mostruosi ardimenti. Quale lettore non si rimarrà tutto attonito davanti alle sue osservazioni sul Volcazio di Plinio ed il Volusio pomponiano? [2] E la maraviglia andrà altamente crescendo, quando vedrà il dotto uomo confrontare il noto passo di Ammiano Marcellino [3] con quanto scrive Pomponio di Tuberone [4] e conchiudere che, essendosi Cascellio molto adoperato per la interpretazione di antichi testi (?), potè passare presso gl' imperiti come « l'organo di espressioni giuridiche inintelligibili » (? ?) e che questi « zur Auschmückung der Erdichtung » gli misero attorno un certo numero di suoi rinomati contemporanei (? ? ?). Chi avrebbe, poi, saputo scoprire un nesso fra il *iudicium secutorium* o meglio i due *iudicia secutoria* (G. 4, 166; 169) ed il famoso 'humor' di Cascellio? Il Dirksen è stato così fortunato [5]. La spiegazione

---

[1] Per es. a p. 438-439 conferma quanto aveva già visto il LAGEMANS, *De A. Cascellio Icto*, 6: che nulla, cioè, ha a che vedere col nostro giureconsulto il Cascellio ciceroniano (*pro Balbo*, 20). A p. 400 dimostra con argomenti varii (non tutti però accettabili) non essere verosimile la notizia pomponiana che Cascellio non fosse salito oltre la questura. A p. 444 con molta ragione afferma che il titolo " Bene dicta „ non fu dato al libro, di cui parla Pomponio, da Cascellio medesimo. In sostanza è poi anche (p. 445) ben riconosciuta la tendenza casuistica di quel lavoro.

[2] P. 440.

[3] Amm. Marc., 30, 4, 12. Qui adduce pure l'incertissimo luogo di Arnobio, *advers. gent.*, I, 59.

[4] L. cit., § 46. Si noti che Ammiano nel passo citato non parla punto di Cascellio, come di uno scrittore arcaico nella forma; ma lo nomina insieme ad altri, come rappresentante di un diritto in buona parte antiquato. Ecco il passo: " Hi (cioè alcuni giuristi del suo tempo) ut *altius* videantur *iura* callere (cioè, per mostrare che risalgono fino alle origini della giurisprudenza), Trebatium loquuntur et Cascellium et Alfenum etc. „. Notisi pure che Cascellio non è tampoco nominato pel primo. Su quel passo di Ammiano cfr. MORIANI, *Istituzioni*, 1, 34 seg. e la nostra *Storia delle fonti*, 111.

[5] P. 446-447.

data da Gaio « quod sequitur sponsionis victoriam » gli sembra *hinreichend harmlos*. Cascellio chiamò quei due giudizi 'secutoria' [1], volendo alludere scherzevolmente al 'secutor' ed al 'retiarius' che comparivano insieme sull'arena romana.

Sarebbe, quindi, stata opera più riverente e pietosa lasciare questa dissertazione nella pace poco turbata della primitiva raccolta, anzichè ripubblicarla insieme a molte altre ben migliori.

La maggior parte delle citazioni, che di Cascellio si hanno nei Digesti, appartengono ai *Posteriora* di Labeone epitomati da Giavoleno: anzi, su quindici citazioni, ben dodici appartengono a questa opera [2]. Delle altre tre una si deve a Celso [3]; due si trovano nei libri *ad edictum* di Ulpiano [4].

Queste ultime sono state prese indubbiamente, se non da Ulpiano stesso, almeno dal prototipo suo, da Labeone: cfr. D. 39, 3, 1, 17:

« et ideo *Labeo* et Cascellius aiunt... »;

D. 42, 24, 1, 7:

« Cascellius et *Trebatius* [5] putant ».

È ad ogni modo notevole come, mentre vi hanno frammenti e ricordi di parecchie opere labeoniane, le citazioni di Cascellio non occorrano che nei frammenti di quell'opera sua, che, per essere stata edita soltanto dopo la sua morte, fu detta « Posteriora ». Non so se da tale osservazione si possa conchiudere essere stata l'opera di Cascellio (di cui fa memoria Pomponio) edita solamente tardi dopo la morte del rispondente arguto.

---

[1] Si avverta come noi possiamo ascrivere a Cascellio tutt'al più il primo di quei due giudizi.

[2] Secondo la più verosimile opinione, sarebbero due i compendi di questa stessa opera fatti da Giavoleno (cfr. PERNICE, *Labeo*, I, 70). Nelle Pandette si trovano undici citazioni di Cascellio nei frammenti dei libri di Giavoleno " ex posterioribus Labeonis "; una solamente in quella dei libri posteriori " a Iavoleno epitomati ".

[3] D. 50, 16, 158 (25 dig.).

[4] D. 39, 3, 1, 17. 42, 24, 1, 7.

[5] La citazione di Trebazio rimanda pure quasi con sicurezza a Labeone. È, infatti, citato nei frammenti di questo con la massima frequenza.

Nulla, invero, di più probabile che tal libro venisse anzi compilato dopo la morte di Cascellio medesimo. Il titolo « Auli Cascellii bene dictorum liber » difficilmente deriva da lui stesso. Qualche riverente discepolo, raccogliendone con affettuosa premura i più degni responsi, poteva certo intitolare la collezione: « Responsi acuti [1] di A. Cascellio ».

Ed è per ogni verso altamente credibile che l'opera cascelliana fosse appunto una collezione di responsi. Nulla, assolutamente nulla, accenna a quanto il Dirksen afferma essere la caratteristica di questo giureconsulto, vale a dire alla sagace interpretazione di testi giuridici mediante uno studio accurato del linguaggio tecnico [2]. Chè tutte le interpretazioni conservateci di lui (non esclusa la citazione di Celso D. 50, 16, 158) non si riferiscono già ai testi giuridici; ma a formole di contratti e testamenti: non si eccedono, dunque, i limiti dell'attività degli stessi giureconsulti più antichi. Anzi, a me pare che il suo contemporaneo Tuberone gli sia per questo riguardo di gran lunga superiore. Giacchè costui procurò di fissare con accurate definizioni [3] (per es., del peculio, della suppellettile, dell'*aqua pluvia*) i concetti giuridici ed in queste definizioni seppe abilmente cogliere i loro requisiti essenziali; mentre Cascellio interpreta gli atti giuridici più per lunga abitudine pratica, che non per riflessione scientifica.

Qualcuna di tali interpretazioni è, anzi, decisamente poco degna di lode, come quella conservata in D. 35, 1, 40, 1: tutti concorderanno nel ritenere assai migliore quella che Ofilio le contrappose. Quella conservata da Celso (D. 50, 16, 158) si riferisce alle frasi consuete nelle stipulazioni « quod ob eam rem te heredemve tuum », « si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit » etc. L'applicabilità di queste parole a

---

(1) Il parallelo fra “ bene dicta „ e “ cata dicta „ (Ennio apud Varr. l. l, 7, 46) approvato anche dal DIRKSEN (loc. cit., 444) è antico. Naturalmente va respinta l'ipotesi che in tal libro si contenessero le non sempre felici arguzie cascelliane (HUSCHKE, *Iurispr. Anteiust.*, 102). Queste si tramandarono per ben diversa via, come prova anche il modo difforme, con cui vengono riferite dagli autori. Ritratto quindi quello che ho detto nella *Storia delle fonti*, 43.

(2) Questi sarebbero stati piuttosto gli ‘ studia aeliana ’.

(3) D. 15, 1, 5, 4. 33, 10, 7, 1. 39, 3, 1 pr.

tutti gli eredi, ove questi per avventura sieno più di uno, non è scoperta, che appartenga a Cascellio. Già Quinto Mucio aveva certamente fatto la medesima osservazione e ne aveva tratto per l'ermeneutica degli atti legali conseguenze notevoli, varie e larghissime.

Pomp. (3 ad Quintum Mucium) D. 31, 43 pr.: « Si ita relictum fuerit 'quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo', pro eo est, quasi ita sit scriptum 'quantum omnes heredes habebunt' ».

Pomp. (4 ad Quintum Mucium) D. 31, 44: « Si pluribus heredibus institutis ita scriptum sit 'heres meus damnas esto dare aureos V' non quilibet heres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent ».

La regola di ermeneutica, quindi, non è (e si poteva bene indovinarlo) una trovata di Cascellio. Ciò che, forse, a costui appartiene è la motivazione di essa, la quale lascia moltissimo a desiderare. È ben diversa la ragione per cui si applica a tutti gli eredi la frase « heres meus » e quella, per cui talora si adopera il singolare per il plurale nelle frasi: « piscem vilem esse » « multum hominem venisse Romam ».

Più importante è quell'altra interpretazione a lui riferita, che si contiene in D. 32, 100 pr. (Iavol. 2 ex post. Lab.). Egli riteneva valido un legato *per damnationem* in questa forma: '*heres meus damnas esto Lucio Titio Stichum servum meum reddere*': od anche: '*illum servum meum illi reddito*': evidentemente perchè in 'reddere' il tecnico 'dare' è etimologicamente compreso.

I giureconsulti classici fecero di questa osservazione altre applicazioni; cfr. D. 50, 16, 94. 31, 21.

Che Cascellio fosse, del resto, un giureconsulto di straordinaria dottrina, non lo si potrebbe affermare che sul fragile argomento dei versi oraziani (Epistul. 2, 3, 369 sq.). Pomponio lo fa meno dotto di Ofilio e meno perito (meno fornito di acume pratico?) di Trebazio: in compenso, lo dice più eloquente di quest'ultimo. Noi troviamo nelle Pandette parecchie opinioni sue contrarie a quelle di tutti o di alcuno fra i suoi rinomati contemporanei, e sono precisamente queste che meritano un'indagine più accurata.

1. Iav. 2 ex post. Lab. D. 32, 100, 1:

« duae statuae marmoreae cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum: nullam marmoream statuam praeter duas Cascellius putat deberi: Ofilius Trebatius contra ».

Cascello applicava qui, in sostanza, il principio che la specie deroga al genere e forse è sua quella motivazione, che Giavoleno formula così: ‘quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare’. Ofilio e Trebazio vedevano invece nel secondo legato una disposizione incompatibile con la prima e che doveva, come ultima scritta, trionfare. In questo caso non si può negare che la decisione cascelliana fosse la migliore. Chi la fece prevalere sulle contrarie (e su quella che pare essere stata ai tempi di Cascellio la dominante) fu, s'io non erro, Masurio Sabino. Cfr. Pomponio 6 *ad Sab.* D. 34, 2, 1 pr.:

« idem est, cum alteri mundum muliebris, alteri argentum omne legatum esset, de argento quod in mundo esset. *item si duae statuae mormoreae tibi et deinde omne marmor legatum esset, praeter duas nulla statua marmorea legata est tibi* ».

Sta, ad ogni modo, che in Sabino tale interpretazione risulta come logica e spontanea conseguenza di un'intera dottrina; resta dubbio se per Cascellio fosse risultato d'investigazione scientifica o di divinazione fortunata.

2. Iav. 2 ex post. Lab. D. 33, 6, 7 pr.:

« quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieris dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant ».

Questa volta Cascellio è in buona compagnia. La difficoltà precipua nella interpretazione di questo frammento deriva dalla mancanza dell'articolo nella lingua latina. Nelle nostre lingue attuali bisognerebbe distinguere se il testatore dice: ‘Lascio olio, vino, ecc.’ o ‘Lascio l'olio, il vino, ecc.’ [1]. Non si può

---

[1] Cfr. WANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 623.

tuttavia negare che la interpretazione trebaziana dovesse, nel caso concreto, essere più conforme alla presumibile volontà del testatore. Si può anche vedere in essa la tendenza a dare alla nuova figura del *legatum per damnationem* una speciale efficacia! La ragione, che aveva fatto sorgere questa nuova forma, stava nel bisogno dell'opera di una persona intermedia fra il testatore e il legatario: il legato di condanna è infatti un prodromo della figura del fedecommesso [1]. Donde la tendenza a dare importanza non solo alla volontà del testatore; ma anche (benchè in più ristretta misura) a quella dell' erede stesso. Si aggiunge poi [2] che, quando fosse stata legata una quantità di cose fungibili di qualità indeterminata, la determinazione di questa veniva lasciata all' erede condannato. Fu facile trasportare quindi alla 'quantità' la regola che già per la 'qualità' valeva. Parrebbe ostare la regola che « legatum in heredis voluntate poni non potest ». Se non che bisogna credere che la teorica, che fa capo a questa regola, si disciplinasse solamente sotto l' impero. Per essa, com' è risaputo, non è lecito rimettere interamente alla volontà o al capriccio dell' erede o di terza persona l'attuabilità o l'estensione di una disposizione di ultima volontà (si voluerit, quantum voluerit): è però lecito rimettere tale determinazione al prudente arbitrio dell' erede o di un terzo [3]. Ma che non sempre sia stata così pacifica la giurisprudenza romana, si puó ritenere per molti argomenti. Prima di tutto, la stessa dottrina dell' « arbitratus boni viri », che si differenzia dal mero arbitrio ed ha carattere obbiettivo, appartiene essa pure agli ultimi tempi della giurisprudenza repubblicana [4]. Le manomissioni testamentarie colla condizione « si volueris » sono riconosciute valide anche dalla giurisprudenza classica: evidentemente in questo caso si parificava il 'si volueris' al 'si putaveris', ecc. (D. 40, 5, 46). Lo stesso insegnamento di Ulpiano nel notissimo fr. 43 § 2 D. 30: 'legatum in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest' che probabilmente appartiene al testo commentato di

---

[1] Questo nesso tra i due istituti è lucidamente afferrato dal VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, § 23, n. 22 sgg.

[2] Cfr. ROSSHIRT, *Vermächtnisse*, II, 73 seg.

[3] Per es. D. 32, 11, 7.

[4] Cfr. *Rendiconti Ist. Lomb.*, XVIII, 915 [= retro, 35].

Sabino, accenna ad incertezze, tanto nella terminologia che nella sostanza, vive ancora nei primi tempi dell'impero [1]. Che poi questa sia una giurisprudenza dovuta all'opera dei *veteres* e sorta non senza qualche oscillazione, appare dal passo di Gaio [2]:

« nam *satis* constanter *veteres decreverunt* testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere ».

A giustificare, finalmente, l'opinione trebaziana si aggiunge una considerazione, che doveva pei *veteres* avere non poco valore, ed è che, benchè secondo il suo avviso il testatore avesse lasciato tutta la determinazione della quantità all'arbitrio dell'erede, la *voluntas* di costui non era « *scriptura expressa* » [3].

Riassumendo queste osservazioni, possiamo conchiudere che tale decisione di Trebazio era ammissibile con lo stato della giurisprudenza del suo tempo e poteva anche intendersi nel senso che l'erede non dovesse procedere a capriccio, ma regolarsi secondo i bisogni del legatario, la sostanza del defunto, e la quantità degli oggetti di quel genere che trovavansi nel patrimonio di esso. Erano tali determinazioni non difficili, trattandosi di generi alimentari; e ben verosimilmente era anche tale la volontà vera del testatore.

3. Iav. 2 ex post. Lab. 33, 7, 4:

« cum quidam duos fundos iunctos haberet et ex altero boves, cum opus fecissent, in alterum reverterentur, utrumque fundum cum instrumento legaverat. Labeo Trebatius ei fundo cessuros putant, ubi opus fecissent, non ubi manere consuevissent. Cascellius contra.

Le due difformi decisioni derivano, como ognun vede, dal modo difforme di concepire l'istrumento di un fondo [4].

---

[1] Altrimenti GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, 33, 468 seg.; VANGEROW, *Lehrbuch der Pand.*, II, 112 seg.

[2] D. 28, 5, 32 pr. (1 de test. ad ed. pr. urb.).

[3] Cfr. Pomp. (7 ad Quintum Mucium), D. 28, 5, 69. Naturalmente per il diritto classico la validità di un legato lasciato 'si heres Capitolium ascenderit' non dipende da questa sola considerazione.

[4] Cfr. già *Rendiconti Ist. Lomb.*, XVIII, 913 [= retro, 33].

La dottrina definitiva dell' istrumento di un fondo non si formò che per opera di Sabino (1). La giurisprudenza anteriore aveva in proposito gravissime divergenze. Ci vien detto — per quanto paia strano — che Alfeno « nihil animalis instrumenti esse opinabatur » ; la quale sentenza (se veramente è ben riferita) (2) è tanto più curiosa, in quanto che il maestro di Alfeno, di cui questi riproduce quasi costantemente le opinioni, Servio Sulpicio, era di altro avviso (3):

« puto igitur etiam focarium (instrumento) contineri: sed et lanificas et ceteros, qui supra enumerati sunt: *et ita Servium respondisse auditores eius referunt* ».

Ma, lasciando ora stare così cospicua divergenza, anche fra coloro che ammettevano potervi essere « strumento animale » vi era tutt' altro che accordo. Un esempio di tali controversie offre il testo, di cui ora ci stiamo occupando: un altro il fr. 25 pr. h. t. (Iav. 2 ex post. Lab.):

« Fundi instrumento legato, id pecus cedere putabat Tubero, quod is fundus sustinere potuisset: Labeo contra ».

In sostanza queste controversie si possono ridurre ad una sola. Qual' è il criterio per decidere se gli animali fanno, o no, parte dello strumento del fondo? Per alcuni il criterio stava in ciò: se gli animali erano, o no, addetti al fondo ed in esso stanziati; per altri in ciò: se gli animali erano, o no, destinati ai lavori agricoli in quel fondo e però alla produzione o al trasporto dei frutti. Tale ultima dottrina, che troviamo accolta costantemente ed energicamente da Labeone e Cascellio, dovette trionfare del tutto, quando Sabino nel suo commentario a Vitellio raccolse in formula concisa una memoranda definizione dell' *instrumentum agri*:

« in instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt ».

---

(1) Cfr. Ulp. (20 ad Sabinum) D. 33, 7, 8. La dottrina è presa, però, dai libri di Sabino " ad Vitellium ".

(2) La fonte è sospetta: Ulpiano (20 ad Sab.) D. 33, 7, 12, 2.

(3) D. 33, 7, 12, 6. Cfr., però, lo stesso Alfeno, (2 dig. a Paulo epit.) D. 33, 7, 16, 2.

Tale definizione ebbe, com'è noto [1], universale accoglienza.

4. Iav. 5 ex post. Lab. 33, 7, 26, 1:

« molas manuarias quidem suppellectilis, iumentarias autem instrumenti esse Ofilius ait: Labeo Cascellius Trebatius neutras suppellectilis, sed potius instrumenti putant esse ».

La suppellettile è costituita da quanto serviva all' uso personale del testatore; quanto invece era destinato al fondo stesso (più o meno, secondo le divergenti dottrine) costituiva l' istrumento del fondo. È, pertanto, chiaro il ragionamento di Ofilio. Le mole manuarie, facilmente trasferibili ed assai più limitate nell' attività loro, dovevano servire ordinariamente piuttosto ai bisogni ristretti del testatore e della sua famiglia, che non alla macinazione normale de' prodotti del fondo. La decisione contraria di Cascellio, Trebazio e Labeone si fonda sul principio che dell' *instrumentum fundi* fa parte anche l' *instrumentum instrumenti*: e però le ' molae ', ancorchè destinate al semplice uso della famiglia residente sul fondo, debbono in esso comprendersi. Tale opinione sembra essere stata accolta anche da Sabino; almeno in Ulp. 20 ad Sab. fr. 12 § 10 h. t. leggiamo:

« et molas et machinas, fenum stipulas, asinum machinarium, machinam frumentariam, vas aeneum, in quo sapa coqueretur et defrutum fiat, et aqua ad bibendum lavandamque familiam paratur, instrumenti esse, et cribra et plaustra, in quibus stercus evehatur ».

Paolo veramente (2 ad Vitell., fr. 18 § 2 h. t.) c' informa che un giureconsulto dell'età traianea, Nerazio, negava ancora che le ' molae ' formassero parte dell' istrumento:

« Asinam molendariam et molam negat Neratius instrumento fundi contineri ».

Qui è, come appare chiarissimo dal contesto, appunto parola delle ' molae iumentariae '. Ma, comunque si pensi intorno a questa singolare opinione, essa non ebbe larga accoglienza dai giureconsulti classici [2]. Del resto, questa sentenza nera-

---

[1] E si mantenne nei giudizi e nelle scuole. Cfr. per l'occidente Pauli Sent. 3, 6, 35-37; per l' oriente lo Pseudo-Teofilo, 2, 20, 17 (della mia ed. I, 216ª).

[2] Le ' molae olivariae ' comprende Paolo, Sent., 3, 6, 36, nell' *instrumentum*.

ziana si può forse mettere in armonia con le altre. Il paragrafo antecedente del frammento pauliano parla dell' *instrumentum pistoris*. Noi sappiamo che le ' molae ' formavano parte del *pistoris instrumentum* (1). Ora, non potrebbe la decisione di Nerazio essere stata data appunto in un caso di conflitto tra l' *instrumentum agri* e l' *instrumentum pistoris?* Nel qual caso la decisione sarebbe stata altamente ragionevole e conforme alla presumibile volontà del testatore. È ben vero che questo nesso non appare ora evidente dal testo, che leggiamo nelle Pan. dette; ma si pensi che il responso neraziano passò per le mani di due diversi compilatori: Paolo ed i giustinianei!

5. Iav. 2 ex post. Lab. D. 35, 1, 40, 1:

« Quidam ita legaverat: ' Si Publius Cornelius impensam, quam in fundum Seianum feci, heredi meo dederit, tum heres meus Publio Cornelio fundum Seianum dato '. Cascellius aiebat etiam pretium fundi dari debere: Ofilius impensae verbo negat pretium significari, sed eos dumtaxat sumptus, quos in eum, posteaquam emptus esset fecit ».

La questione se nella voce ' impensae ' si comprendesse (come Cascellio voleva), o no, il prezzo d'acquisto, non ha un interesse giuridico generale: è tuttavia importante, perchè allora il concetto di ' impensae ' cominciava a fissarsi giuridicamente nelle sue molteplici attinenze. Dovette cominciare a stabilirsi per le ' impensae ' *in res dotales* (2). Il concetto fondamentale, però, che fin da questo tempo prevale, è quello di riparazioni o migliorie fatte a cosa già posseduta, talchè non a torto poteva Ofilio negare « impensae verbo... pretium significari ». Un altro contemporaneo di Cascellio, Cinna, aveva parimenti esposta l' opinione che nella voce ' impensae ' il prezzo d' acquisto non si debba ritenere compreso ed aveva fatto per questa fattispecie un' osservazione notevolmente acuta:

---

(1) Pauli Sent. 3, 6, 64: pistoris instrumento legato, cribra asini molae et servi, qui pistrinum exercent, item machinae, quibus farinae subiguntur, legato cedunt.

(2) Sarà bene ricordare che la teorica delle ' impensae in res dotales ', che poi fu analogicamente applicata nelle altre parti del diritto, fu recata a compimento solamente da un giureconsulto del 1° secolo d. Cr.; cioè Prisco Fulcinio cfr. D. 25, 1, 1, 2; 2; 3 e D. 50, 16, 79, 1.

« adiecto eo, quod non deductis fructibus, impensarum ratio haberi debeat ». La quale fuggevole osservazione c' insegna, quasi di riflesso, come fosse già progredita in questa materia la scuola serviana [1].

Se noi diamo ora uno sguardo generale a queste varie controversie, troveremo che le decisioni cascelliane, se dimostrano una certa sicurezza e penetrazione, non hanno però quella finezza, che troviamo in altre di suoi contemporanei: quella finezza, che l' abitudine pratica non basta ad insegnare. Cascellio, infatti, si è quasi isolato da tutto il movimento scientifico del tempo suo: gli esempi da noi raccolti mostrano chiaramente come, mentre la scienza aveva già con sufficiente esattezza determinato alcuni concetti, egli punto non avesse conosciuto tali dottrine o, almeno, non avesse voluto aderirvi. Ed il non aderire a dottrine che s' incardineranno poi nella logica armonia del sistema universo e verranno da tutti accolte come rispondenti alle esigenze scientifiche ed ai bisogni pratici, è già cosa di cui si può muovere appunto. Quando Cascellio si trova in accordo con gli altri suoi contemporanei, si tratta, di regola, o di semplici insegnamenti della giurisprudenza cautelare o di principii già riconosciuti e stabiliti per opera dei predecessori e segnatamente di Servio Sulpicio.

Un esempio del primo caso offre D. 28, 6, 39 pr. (Iav. 1 ex post. Lab.). Un tale aveva due nipoti impuberi, di cui uno in potestà e l' altro fuori: voleva testare in modo che entrambi gli succedessero ' ex aequis partibus ' e che, morendo uno di essi avanti la pubertà, la sua parte dovesse all' altro pervenire.

Or bene ' ex consilio Labeonis Ofilii Cascellii Trebatii ' si istituì erede il solo nipote, che era in potestà del testatore, legando però a carico suo ed a vantaggio dell' altro la metà dei beni e sostituendogli l' altro ' si impubes decessisset '. Naturalmente il legato parziario era lasciato con la condizione ' cum in suam tutelam venisset '. Cascellio, adunque, non fa che approvare un rimedio cautelare al suo tempo riconosciuto ed adoperato. La frase, qui usata da Giavoleno, o postagli in bocca dai compilatori, è altamente impropria. Giacchè non

(1) Era pur Cinna uno dei ' decem auditores '.

sembra doversi intendere in modo che Labeone desse egli pure questo consiglio; ma nel senso piuttosto che Labeone nella postuma opera sua approvasse questo spediente di Cascellio, Ofilio e Trebazio.

Esempi del secondo caso, ossia di accordo di Cascellio coi suoi contemporanei, che si riferisce ad opinioni già accolte nella giurisprudenza romana, offrono i passi seguenti:

1. Lab. 2 a Iav. epitom. D. 33, 4, 6, 1:

« ei quae dotem nullam habebat vir sic legaverat: ‘ quanta pecunia dotis nomine ’ et reliqua, ‘ pro ea quinquaginta heres dato ’: deberi ei legatum Ofilius Cascellius, *item et Servii auditores rettulerunt* ».

Il principio aveva, dunque, già trionfato per opera di Servio Sulpicio ed era stato accolto e riferito dalla scuola di lui. Affatto analoga è l' altra decisione di Servio Sulpicio conservata da Alfeno e riferita nel principio di questo stesso frammento:

« cum scriptum esset: ‘ quae pecunia propter uxorem meam ad me venit quinquaginta, tantundem pro ea dote heres meus dato ’, quamvis quadraginta dotis fuissent, tamen quinquaginta deberi Alfenus Varus Servium respondisse scribit, quia proposita summa quinquaginta adiecta sit ».

La regola ‘ falsa demonstratione (o falsa causa) legatum non peremi ’, che sta a fondamento di queste decisioni, è indubbiamente antica: Marciano (6 inst., D. 35, 1, 33 pr.) dice ‘ et hoc ita *iuris civilis ratione* .... cautum est ’, frase che indica notevole antichità. Ma da questi passi appare che dessa deve almeno molte delle sue applicazioni (se non anche il suo definitivo riconoscimento) a Servio Sulpicio. Sta, ad ogni modo, che ai tempi di Cascellio formava già parte del patrimonio del *ius civile* e che pertanto non ci deve punto meravigliare l'accordo suo coi giureconsulti coevi.

2. Iav. 3 ex post. Lab. D. 33, 10, 10:

« qui vestem omnem et res plurium generum supellectilis expenso ferre solitus erat, is uxori supellectilem legaverat: recte negabant vestem legato cessuram Labeo Ofilius Cascellius, quia non posset videri vestis appellatione supellectilis contineri ».

Qui Cascellio è in accordo con Ofilio (e l' opinione fu poi approvata da Labeone) che, nonostante la contraria volontà del testatore, non possa ascriversi al legato di suppellettile ciò che non si comprende secondo il linguaggio comune sotto il nome di ' suppellettile '. Ma e l' opinione stessa e la stessa motivazione appartengono a Servio Sulpicio. Cfr. il fr. 7, 2 h. t.:

« Servius fatetur... si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent (ut puta escarium argentum aut paenulas et togas) supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri oportere ».

Un giureconsulto veramente indipendente, Tuberone [1], aveva ben altrimenti deciso.

3. Ulp. 71 ad Ed. D. 43, 24, 1, 7:
« ...si contra testationem denuntiationemque fecerit, idem esse [2] Cascellius et Trebatius putant ».

Qui Cascellio è d' accordo con Trebazio, ma la dottrina è molto più antica e già Quinto Mucio l' aveva formulata in modo più ampio ancora e generale: fr. 1 § 5 h. t.:

« ...vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit ».

4. Iav. 2 ex post. Lab. D. 32, 29 pr.:
« qui concubinam habebat ei vestem prioris concubinae utendam dederat, deinde ita legavit ' vestem, quae eius causa empta parata esset '. Cascellius Trebatius negant ei deberi prioris concubinae causa parata, quia alia condicio esset in uxore. Labeo id non probat, quia in eiusmodi legato non ius uxorium sequendum, sed verborum interpretatio esset facienda ».

In questo passo Cascellio divide col suo contemporaneo Trebazio l' erronea opinione, che fu poi confutata da Labeone, doversi applicare solo alla moglie la estensiva interpretazione del legato « rerum eius causa paratarum ». Del resto questa

---

[1] Cfr. *Rend. Ist. Lomb.*, 18, 912 sg. [*supra*, p. 33].
[2] Cioè ' vi factum '.

erronea dottrina sembra essere stata affatto comune al tempo del nostro giureconsulto; la più corretta prevalse dopo gli sforzi di Labeone definitivamente per opera di Sabino (1). Certo si è che Quinto Mucio, per quanto possiamo giudicare dai frammenti della elaborazione pomponiana a noi pervenuta, parla sempre di questa forma di legato come in uso per la moglie (cfr., per es., Pomp. 5 e 9 *ad Quintum Mucium:* D. 34, 2, 10; 34, 1). Del resto non è difficile arguire quale fosse il processo delle cose. In origine tale clausola venne in uso nei testamenti per le liberalità a favore della moglie, e la giurisprudenza fu unanime nell' interpretarla largamente, in modo da comprendervi anche le cose preparate in origine per qualche altra persona e solo più tardi destinate alla moglie (2). Di qui l' opinione fallace che si trattasse di uno speciale 'ius uxorium' introdotto quasi in favore del matrimonio; mentre, come vide benissimo Labeone, non si trattava che di una verosimile interpretazione della volontà del defunto, applicabile pertanto anche ad altro legatario, che la moglie non fosse.

5. Iav. 2 ex post. Lab. D. 34, 2, 39, 1:

« cum ita legatum esset: 'argentum quod domo mea erit cum moriar', Ofilius nec quod depositum a se nec quod commodatum reliquisset argentum legatum videri respondit. idem Cascellius de commodato ».

Il legato di cosa da prendersi da un determinato luogo era, in origine, molto angustamente interpretato. Noi troviamo anche al tempo della giurisprudenza classica dubbii singolari su questa materia (3).

---

(1) Ne' *libri ad Vitellium*, in cui Sabino ha elaborato così lucidamente molte dottrine relative all'interpretazione de' testamenti. Cfr., del resto, specialmente D. 32, 45-49. Dal fr. 46 eod. parrebbe che l'esposizione di Sabino prendesse le mosse da un responso di Vitellio.

(2) Cfr. anche Alfeno D. 32, 60, 1.

(3) La ragione sta in ciò, che la libera ricerca della volontà vera del testatore incontra qui una grave difficoltà pratica, generando facilmente controversie continue e non lievi. Il nostro legislatore ha voluto troncare ogni dubbio coll'art. 842 Cod. civ.; ma la giurisprudenza è ben lontana dall'essersi acquetata al disposto di esso: cfr. *Annali della giurisprudenza italiana*, 1881, I, 191 segg. e la memoria dell' avv. DINO CAMICI nel *Monitore dei Tribunali*, XXIV, p. 169 sg.

In principio dell' impero la giurisprudenza è abbastanza concorde nel ritenere che deve comprendersi nel legato di cosa da prendersi da un determinato luogo anche ciò che manchi attualmente per caso, per es. Vitellio in

Paul. 2 *ad Vitellium* (D. 32, 78, 7): « rebus, quae in fundo sunt, legatis, accedunt etiam ea, quae tunc non sunt, si esse solent: nec quae casu ibi fuerunt, legata existimantur »;

Labeone *apud Proculum* (5 epistul.) fr. 86 eod.:
« ....Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quod casu ibi esset, magis esse legatum ».

La qual voce « casus » s' interpretò sempre più largamente: ne fanno prova alcune notevoli decisioni scevoliane, per es. D. 33, 7, 20, 6.

Venendo ora al nostro testo, è evidente che la decisione della scuola di Servio, qui rappresentata da Ofilio (ed a cui si può attribuire la prima elaborazione forse di questa dottrina, arg. D. 34, 2, 39, 2), s' ispira ancora ad una singolare grettezza di vedute, giacchè una cosa, depositata presso altri o ad altri commodata per qualche tempo, non cessa di essere destinata ad un determinato luogo e si può sempre dire, secondo la frase di Vitellio, che *solet ibi esse.*

Labeone ha fatto eccezioni pel deposito, e questo era pienamente in conformità al suo spirito in quest' ordine di decisioni; ma io non saprei dubitare che non ammettesse l' opinione di Ofilio e Cascellio a proposito del commodato, benchè da questo frammento non appaia la sua opinione a questo riguardo. La motivazione sua e soprattutto l'epiteto ' perpetuae ' me ne persuadono. Difficilmente trovava ragione di difforme trattamento in ciò che il commodato è atto quasi sempre più spontaneo del deposito.

6. Iav. 1 ex post. Lab., D. 28, 6, 39, 2:
« quidam quattuor heredes fecerat et omnibus heredibus praeter unum substituerat: unus ille, cui non erat quisquam substitutus, et ex ceteris alter vivo patrefamilias decesserant: partem, cui nemo erat substitutus, ad substitutum quoque pertinere Ofilius Cascellius responderunt, quorum sententia vera est ».

Anche in questo responso non si troverà altro che una non difficile applicazione dei principii sulla sostituzione e l'accrescimento, già fin dall'origine ammessi dalla giurisprudenza romana.

Non molto, adunque, di originale ci si presenta in Aulo Cascellio. Il non avere egli scritto opera alcuna teoretica o, almeno, sistematica conferma il detto pomponiano essere stato nella dottrina inferiore ad Ofilio: si mantenne nei limiti angusti della giurisprudenza empirica e cautelare, quando già da tempo, dopo Quinto Mucio e segnatamente per opera della scuola operosa di Servio, era cominciato un movimento più libero e più veramente scientifico. Anche nell' acume di rispondente cede a Trebazio, il quale nelle controversie con Cascellio ha quasi sempre il vantaggio ed è onorato dal suffragio della giurisprudenza classica. Nè, finalmente, si può compararlo all' altro suo contemporaneo, Tuberone. Con Tuberone ha Cascellio questo di comune, che e l' uno e l' altro stan fuori dalla grande corrente scientifica del tempo; ma l' uno per efficace originalità di pensiero, l' altro per ostinato empirismo: Cascellio non si cura gran fatto di quanto al suo tempo la scienza va producendo; Tuberone ne conosce i risultati, talora li modifica, qualche volta vi si oppone, non sempre con successo fortunato, sempre con una fine analisi dei concetti giuridici ed un sentimento dell' *aequitas* meravigliosamente educato.

Orazio accenna a Cascellio come a giureconsulto di molta dottrina; ma quel passo oraziano, più che ad altro, si riferisce all' abilità pratica di lui. E, del resto, per quanto al Venosino non si possa negare ogni tintura di diritto, di tali distinzioni egli nè doveva nè poteva essere capace. Egli era nell' opinione dei contemporanei un consulente assai riputato: Pomponio aggiunge l' elogio ambiguo e poco invidiabile di 'eloquente': che cosa, dunque, ci rimane di lui? Un avvocato: nulla di meno, ma anche nulla di più.

Viviano — Prisco Fulcinio (*).

I

Viviano.

Fra i giureconsulti dell' età traianea troviamo citato con frequenza e con riverenza Viviano, di cui per altro ci è noto pochissimo. Il Rudorff (1) dice che « über das Edict, auch das ädilizische, und Quaestionen schrieb » e fra noi il Padelletti (2) riferisce la stessa notizia. Non sarà male riesaminare il fondamento di tale asserzione e procedere poi ad indagare quali, dalle scarse memorie a noi pervenute, appaiano essere stati i meriti di Viviano riguardo allo sviluppo della giurisprudenza romana in quel periodo singolarmente fecondo.

Nelle citazioni occorrenti nelle Pandette non s' incontra mai nè il titolo dell' opera, da cui è presa l' opinione di Viviano, nè il numero del libro. L' oscura citazione « item libro VI ex Viviano relatum est », che si trova nella Collatio (12, 7, 8), non isparge certamente gran luce su questo argomento. Ad ogni modo, non è cosa difficile accorgersi che Viviano dovè scrivere un commentario sull' editto del Pretore.

Infatti, quasi sempre la sua autorità è addotta in altri commenti all' editto. Di 27 citazioni, che noi troviamo fatte di lui, ben ventidue si trovano ne' libri ad Edictum di Ulpiano e due nei libri ad Edictum di Paolo; da D. 21, 1, 3 si può con sicurezza arguire che anche Gaio lo citasse nel suo commento all' Editto provinciale. Si aggiunga che i ricordi, che abbiamo

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, s. 2ª, 19, 1886, pp. 735-48].

(1) *Röm. RG.*, 1, 185.

(2) *Storia*², 436.

delle dottrine di Viviano, stanno in relazione con moltissimi argomenti edittali e talora sembra proprio ch' egli interpreti l' Editto nel testo suo. In D. 4, 6, 35, 9 abbiamo una chiara relazione col testo edittale 'cum... sine dolo malo rei publicae causa abesset', di cui Viviano fa il commento. Che in D. 4, 9, 1, 6 si tratti del commento alle parole edittali: 'quod cuiusque salvum fore receperint', ci è attestato da Ulpiano medesimo: ed è confermato da Paolo nel fr. 4 § 2, ove si riproduce la stessa opinione di Viviano (*Vivianus* dixit.... hoc edictum pertinere). L' aderenza al testo dell' editto edilizio delle opinioni di Viviano, arrecate nei frammenti di questo titolo, è così evidente, che tutti hanno notato come Viviano dovesse certamente commentare tale editto.

I passi, poi, D. 39, 2, 24, 9–10. 43, 16, 1, 41 e 45–47. 43, 19, 1, 6 mostrano un rapporto così stretto col testo delle stipulazioni e degli interdetti proposti nell' Editto, che davvero si può ritenere come abbondantemente giustificata quella conclusione, a cui già da tempo la critica è pervenuta, che cioè Viviano commentasse l' Editto del pretore.

L' indole dell' opera di Viviano fu molto affine a quella dei commentarii, che poi scrisse Pomponio e da cui attinse così largamente Ulpiano. L' opera di Viviano si distingueva, cioè, per una grande ricchezza di erudizione e per il molto calcolo, in cui l' autore aveva tenuto la giurisprudenza e soprattutto i responsi dei giureconsulti principali. Ho insistito più volte sulla singolare importanza, che vien data ai responsi nell' età traianea, avvertendo come numerose ne fossero le collezioni ed i commenti. Basti citare Urseio, Minicio Natale, Plauzio, Nerazio, ecc. Non farà meraviglia il vedere anche un commentatore dell' Editto valersi molto largamente dei responsi, come di ottima illustrazione e fonte interpretativa del suo testo. I responsi di Proculo sono da lui citati a preferenza:

D. 4, 6, 35, 9: 'Vivianus scribit *Proculum respondisse*'
21, 1, 17, 4: 'idem (V.) ait: *interrogatus Proculus*'
29, 7, 14: 'quantum repeto apud Vivianum.... *Proculi* expositam esse ...*controversiam*'
Coll. 12, 7, 8: 'ex Viviano relatum est.... *et ait Proculus*' [1].

---

[1] *Proculus* non è nella *Collatio*; ma si supplisce con certezza mediante D. 9, 2, 27, 10.

Ma che non mancasse di riportare responsi di altri numerosi giureconsulti, si può arguire da passi come i seguenti:

D. 4, 9, 1, 6: 'apud Vivianum *relatum est*'.
21, 1, 17, 3: 'apud Vivianum *relatum est*'.
29, 7, 14: 'quidam referunt, quantum repeto apud Vivianum, Sabini et Cassii et Proculi expositam esse in quaestione huiusmodi controversiam' (1).
39, 2, 24, 9: 'apud Vivianum *relatum est*'.
43, 16, 1, 41: 'Vivianus *refert*'.
ib. § 45: 'apud Vivianum *relatum est*'.
ib. § 46: 'idem Vivianus *refert*'.
43, 24, 13, 5: 'et est apud Vivianum *saepissime relatum*'.
Coll. 12, 7, 8: 'item libro VI ex Viviano *relatum est*' (2).

L' opera, quindi, di Viviano fu cercata e letta piuttosto per i responsi in essa diligentemente raccolti ed addotti, che non per le idee proprie dell' autore, e s' intende benissimo come più di sovente si citi Viviano per attestare quello che « refert », che non quello che « dicit » o « scribit ». E s' intende ora parimenti benissimo perchè l' uso dell' opera vivianea non rimanesse ristretto ai commentatori dell' Editto, ma come potesse e dovesse diffondersi anche presso gli altri, che avessero bisogno di un esame largo e comprensivo dei responsi e delle controversie della giurisprudenza. Questo va detto anzitutto pei libri « quaestionum » e simili, ed infatti troviamo nelle Quaestiones di Cervidio Scevola (cfr. D. 29, 7, 14) adoperato come fonte il libro di Viviano. Dire in base a questa sola citazione che Viviano ha pure scritto dei libri Quaestionum, come fanno quasi tutti, non è certo conforme alla critica. Poichè, come appare dalle cose fin qui esposte, nulla osta ad ammettere che la fonte, a cui qui Scevola si riferisce, sieno appunto i libri ad Edictum di Viviano; e, d' altra parte, dovendosi ricondurre tutte le altre citazioni a quest' opera, non è quasi credibile che si debba statuire per questa una eccezione. Nè

(1) Io dubito, però, che qui si tratti di responsi. Più probabilmente si accenna ad una controversia scolastica.

(2) Difficile è chiarire il senso di questa citazione. A me pare assai probabile che qui si abbia qualche grave errore di copista (si noti che una riga più sotto fu omesso il nome del rispondente " Proculus ") e che si debba invece leggere 'apud V. relatum est'.

l'argomento del passo di Scevola (se i legati disposti nei codicilli dopo la morte dei primi istituiti siano dovuti dai sostituiti) si oppone alla nostra sentenza. Poichè in un commentario all'Editto poteva benissimo offrirsi l'occasione di accennare a tale controversia: per es., nello interpretare la formula dell' actio ex testamento. Ma v'ha di più. L'opinione, che noi combattiamo, si rivela poco probabile anche per il fatto che le Quaestiones sono quasi estranee alla letteratura giuridica romana antegiulianea. Io non conosco altri esempii che i libri Quaestionum di Fufidio (D. 34, 2, 5) e quelli di Celso (D. 28, 5, 9, 2. 34, 2, 19, 3); mentre dopo Giuliano le Quaestiones diventano la forma più comune di letteratura giuridica. Lasciarono, infatti, varii libri di Quaestiones Africano, Cervidio Scevola, Papiniano, Callistrato, Tertulliano, Paolo, ecc. (1). Viviano (che sembra riferire immediatamente responsi di Proculo) dovè invece finire sul principio dell' età traianea.

Ma, se l' opera di Viviano era anzitutto cercata e letta per i materiali in essa contenuti, non si vuole negare che pur molte idee originali di lui ebbero pregio ed autorità e si diffusero nella giurisprudenza romana. A noi non è dato rintracciarle sempre con sicurezza, poichè non sempre possiamo accorgerci se venga citato Viviano come autore o come relatore. Nè questo dipende solamente dallo stato attuale delle fonti nostre, in cui molte citazioni si trovano omesse o per amore di brevità fortemente abbreviate; ma pur anche dal modo poco esatto, con cui si esprimono alcuni giureconsulti classici, specialmente i meno antichi, che lavorano ordinariamente con l'aiuto di fonti indirette (2). Chi legga per es. Paolo (13 ad Ed.) D. 4, 9, 4, 2 è

---

(1) L' intimo rapporto fra l' attività giulianea e le *Quaestiones* di Africano fu benissimo illustrato dal MOMMSEN, *Ueber Julian's Digesten* nella *Ztschr. f. RG.*, 9, 82 sg.; (spec. a p. 90 sgg.) e dal BUHL, *African's Quästionen* in *Ztschr. der Savigny. Stiftung* R. A., 2, 180 sgg. Mi paiono vere le considerazioni del BUHL (p. 198 sg.) sulla relazione che corre fra le questioni africanee e l' insegnamento di Giuliano. Sicchè anche questa forma letteraria deve, se non addirittura l' idea, certo un forte impulso all' incomparabile iniziativa ed alla grande autorità del principe dei giureconsulti romani.

(2) La citazione, per es., deriva evidentemente da Celso in Ulpiano (18 ad Ed.) D. 9, 2, 27, 24. 28 e (13 ad Ed.) D. 4, 8, 21, 11. Da Pomponio la citazione deriva in Ulpiano (14 ad Ed.) D. 4, 9, 1, 6; (28 ad Ed.) D. 19, 5, 17 pr., in Paolo (29 ad Ed.) D. 13, 6, 17, 4; e così via.

tratto a credere che all'originale iniziativa di Viviano si debba quella estensione dell'azione de recepto contro gli exercitores, per cui essa non solo si esperisce a salvaguardia delle merci, di cui si paga un'apposita vettura, ma pure per quelle cose, di cui il trasporto non esige un prezzo speciale, 'ut vestimentorum, penoris cottidiani'. Ma da Ulpiano (fr. 1 § 6 h. t.) sappiamo con certezza che tale estesa applicazione dell'azione era già stata fatta da altri, di cui Viviano riferisce la sentenza ('apud Vivianum relatum est'). Così quando, dopo essersi riferiti dispareri di giureconsulti antichi, si adduce l'opinione di Viviano, è verosimile trattarsi d'uno di quei punti, in cui Viviano arrecava pareri e responsi altrui, accostandosi ad uno di essi.

Nei punti, invece, in cui l'opinione di Viviano si stacca da quella di tutti gli altri giuristi, in cui viene riferita con un giudizio sul merito di essa e come un'opinione nuova, ch'egli abbia cercato d'introdurre, allora potremo pensare che veramente si tratti di un'idea originale.

1. L'actio in quadruplum « metus causa » era nella sua prima forma un'azione strettamente personale, diretta cioè contro colui solamente, il quale fosse l'autore del metus (1). A poco a poco essa divenne un'*actio in rem scripta*, e si deve, secondo ogni probabilità, a Sesto Pedio il compimento di questa dottrina, a cui corrispose la relativa modificazione nelle parole dell'editto e delle formule (2). Le oscillazioni subite da questa teorica durante la sua evoluzione sono abbastanza note: si cominciò ad estendere l'azione in quadruplum contro colui che avesse ricevuto in mala fede la cosa dall'autore del metus e poi, non senza controversie ed opposizioni (3), anche ai possessori di buona fede. Tra coloro i quali più vivamente s'adoperarono per far trionfare la più larga estensione della azione fu appunto Viviano, e l'essere qui citato il nome suo prova che questo rimase ne' fasti della scuola connesso alla nuova dottrina (D. 4, 2, 14, 5). Da questo passo si può ricavare un'altra osservazione. Non solo la storia della dottrina, ma la

(1) V. Cicerone, *in Verrem* II, 3, 65, 152; *ad Q. fr.* 1, 1, 7, 21 " quod per vim aut metum *abstulisset* „. Cfr. Keller, *Röm. Civilpr.*, 6ª ed., p. 375 sg.

(2) V. Ferrini, *Sesto Pedio*, p. 12 sg. [*supra*, p. 49].

(3) Qui cade il " quidam putant „ di Ulpiano: fr. 14 § 5 h. t. Ad ogni modo qui il presente appartiene alle fonti, da cui Ulpiano va compilando.

stessa forma della esposizione ulpianea, che qui è calcata sul libro ventottesimo del commentario pomponiano all' Editto, proverebbe che la opinione di Viviano era già nota a Pedio (1). Il che servirebbe a dimostrare che, pur ammettendo contemporanei Pedio e Viviano, l'opera di quest'ultimo fosse anteriore a quella del primo; e con ciò si respingerebbe l' opinione oggidì da parecchi seguita (2), che Pedio vivesse ai tempi di Nerone. Lo studio stesso delle dottrine pediane ci spinge invece a collocarlo nell' età traianea (3).

2. Appartiene indubbiamente a Viviano l'osservazione (che, del resto, non ha poi grande importanza): « si in aliquem locum inhonestum adesse iusserit (arbiter).... sine dubio impune ei non parebitur » (D. 4, 8, 21, 11). Si può invece dubitare se quanto segue: « unde eleganter tractat etc. » si riferisca a Viviano od a Celso. A me pare che la struttura logica del periodo renda più verosimile la prima alternativa. La decisione è, del resto, acuta.

3. Le due opinioni di Viviano relative all' actio legis Aquiliae sono conservate nel fr. 27 h. t. La prima (§ 24) è quella che estende il concetto di *rumpere* anche all'atto di colui, che, forando una nave carica di merci, procura l' immersione e quindi la ruina di esse. Tale decisione risponde benissimo agli sforzi de' giureconsulti di quel tempo intesi appunto ad allargare l' efficienza dell' actio legis Aquiliae ed a facilitare l' applicazione dell' azione diretta a spese dell' azione utile: in Fabio Mela, per es., e in Sesto Pedio è facile rilevare la ten-

---

(1) Anche in D. 43, 19, 1, 7 la citazione di Pedio segue a quella di Viviano. Le parole 'is... habebit' sono da attribuirsi probabilmente a Viviano: Pedio le avrebbe fatte sue e poste a base di ulteriori ricerche. Solo così si può spiegare quanto segue: *et haec ita P. scribit et adicit* etc.

(2) L'unico appoggio fornirebbe la sigla di Probo S. P. M. = Sexti Pedii Mediuani. Ma si tratta qui veramente del nostro giureconsulto? Ne dubito fortemente. Nelle *notae* di Probo non si trova altro che si riferisca a nomi proprii di giuristi, e poi qui si tratta delle note occorrenti nei *libri iuris civilis*. note formatesi per una lunga tradizione. Che cosa ha fra esse che vedere un commentatore dell' editto perpetuo, il quale, secondo la combattuta opinione, sarebbe stato circa coevo al compilatore delle *notae?* Forse che la sigla del suo nome poteva già essere passata nell' uso costante e tradizionale dei libri di ius civile? Non mi pare neppur serio il supporlo.

(3) Cfr. il nostro lavoro intorno a *Sesto Pedio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I [*supra*, pp. 39-52].

denza medesima. Assai più difficile a spiegarsi è il § 28 ibid. così concepito:

« et si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam: sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium (aut) in quadruplum » (1).

La parte difficile non sta di certo nella inammissibilità dell' actio legis Aquiliae; questa, anzi, è bene evidente: ma sta piuttosto in quell' azione *in quadruplum ex edicto aedilium.* Il Pernice (2) trova in questo passo un argomento per la sua tesi essere state in origine le azioni edilizie azioni penali, aventi anche una funzione supplementare relativamente all'*actio legis Aquiliae*; ma non sa poi spiegare il quadruplum e lo confessa apertamente. Io sono (anche per l' autorità dei greci) convinto doversi stabilire col Lenel (3) uno speciale editto edilizio proponente un' azione popolare in quadruplum « adversus eum qui puerum castraverit ». Infatti quei magistrati che avevano l' alta sorveglianza del mercato de' servi dovevano pur prendere qualche misura repressiva contro un' usanza così diffusa e così deplorevole. Sotto l' impero, cresciuto il disordine, si moltiplicarono e si resero più energiche le misure coercitive (4).

4. In due luoghi viene espressamente riferito come Viviano ammettesse che si potesse commodare anche un' abitazione.

D. 13, 6, 1, 1: Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.
D. 19, 5, 17 pr.: si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et ait Vivianus posse.

L' opinione, qui riferita, di Viviano non è certo quella che più gli faccia onore. È noto come il concetto, la natura e persino il nome del commodato fosse ancora molto incerto sul finire della repubblica. L' averne fissato il termine ed il concetto è merito di Labeone: fr. 1 § 1 D. 13, 6:

---

(1) La somma contenuta ne' Basilici (Heimb. V, 297) omette, come è noto, il secondo *aut*: καὶ τῷ παραγγέλματι τῶν ἀγορανόμων εἰς τὸ τετραπλοῦν.
(2) *Labeo*, II, 248 sg.
(3) *Edictum perpetuum*. p. 143 [3.a ed. 554].
(4) Sveton. *Domit.* 7; Xiphilin. 67, 2. 68, 2; Quint. *Inst. or.* 5, 12, 17; D. 48, 8, 4, 2; 5; 6.

« inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli: utendam dari etiam soli » [1].

Questo concetto del commodato non fu accolto subito universalmente. Cassio continuava a sostenere: « proprie commodata res dicitur et quae soli est ».

Viviano pure serba qui una reminiscenza dell' antica giurisprudenza repubblicana, per cui la natura contrattuale e specifica del commodato non era ancora ben chiarita. Male a proposito, ad ogni modo, risuscita qui Ulpiano un'opinione, la quale non era più comportabile dal momento che Giuliano [2] aveva scelto la voce *commodatum* nel senso che era, dopo Labeone, prevalso nella giurisprudenza scolastica.

5. Sembra che ne' molteplici commenti che dell' editto edilizio si fecero sul principio dell' impero siasi tentato di estendere anche ai difetti dello spirito il concetto de' vizii redibitorii. A questa tendenza si oppone energicamente Viviano: e non a torto, quando si pensi che l' editto contemplava a parte i casi dell' *erro* e del *fugitivus*. D' altronde egli poteva già operare molto liberamente coll' actio empti.

La relazione, che Ulpiano ci porge (fr. 1 §§ 9-11; fr. 4 pr. e § 1 h. t.), non poteva essere fatta più male. Non solo egli si esprime confusamente; ma si ripete più volte. Da un attento esame si raccoglie, però, come Viviano distinguesse tre specie di vizii dello spirito: *a)* i leggieri e comuni; *b)* i più gravi e dannosi; *c)* quelli congiunti a qualche malattia corporale. I primi ordinariamente (tranne promessa speciale) non producono azione di sorta: i secondi dànno, qualora sieno stati maliziosamente taciuti al compratore, luogo all' azione ex empto; gli ultimi, poi, generano l' azione redibitoria. Questa dottrina ebbe ancora delle oscillazioni e Pomponio ci avverte come vi fossero dubbii a proposito degli *aleatores*, dei *vinarii, gulosi, impostores, mendaces, litigiosi*. E pare appunto che per opera di Pomponio la dottrina di Viviano trionfasse definitivamente.

---

[1] Cfr. pure PERNICE, *Labeo*, I, 430. 432.

[2] ' qui edictum concepit ': fr. 1 § 1 h. t.

L' alta importanza, che viene data all' *animus dominum relinquendi* per determinare chi sia fuggitivo, non fu per la prima volta avvertita da Viviano; anzi dal fr. 17 h. t. appare chiaramente come fosse stabilita per opera dei responsi, segnatamente di Proculo, da lui raccolti e illustrati. Ebbe, però, il merito di fissare nettamente i risultati, a cui la giurisprudenza era pervenuta e di opporsi a parecchie inesatte opinioni dei pratici del tempo suo, i quali, come criterio per riconoscere chi fosse fuggitivo, assumevano quello di esser rimasto il servo fuor di casa una notte senza il consenso del *dominus*. Se, dunque, questa dottrina non offre un esempio delle indagini originali di Viviano, offre, però, un bellissimo ed opportuno saggio dell' opera sua e del pregio di questa: coordinare ed illustrare le opinioni sparse dei giureconsulti migliori, ricavarne dottrine più generali e respingere gli inetti tentativi dei giuristi che facevan consistere tutta l' arte loro nell' empirismo (« imprudentes ») ed andavano perciò in cerca di formule facili e stereotipe: ecco lo scopo manifesto e degno del nostro giureconsulto.

6. Meritevole di attenzione è quanto si legge in D. 43, 16, 1, 45-47. Nei primi due paragrafi Viviano non fa che riferire opinioni altrui (' apud V. relatum est ' — ' V. refert '), le quali non hanno nemmeno gran pregio di novità. Che il padrone scacciato dal fondo, su cui aveva lasciato degli schiavi, non avesse perduto il possesso e quindi non potesse esperire l' interdetto *de vi*, doveva essere già ai suoi tempi giurisprudenza pacifica. E nemmeno doveva essere ignoto che andasse invece perduto il possesso, qualora l' invasore del fondo si impossessasse anche degli schiavi che vi si trovavano, pur lasciandoli su di esso. Anzi tale decisione è consona alle idee più antiche. È noto come fin da un tempo relativamente antico si ammettesse la possibilità di esercitare e conservare il possesso per mezzo dei servi: l' idea intermediaria fu appunto quella del possesso sugli schiavi [1]. E quest' ultima idea non fu neppure abbandonata, quando la dottrina della rappresentanza nel possesso fu svolta e largamente applicata [2]. Invece

---

[1] Cfr. Kniep, *Vacua possessio*, I, p. 97.
[2] Kniep, *Vacua possessio*, I, p. 199.

è degnissima di attenzione la domanda così timidamente tentata da Viviano:

« quid dicturi essemus, tractat, si, aliquo possidente, ego ingressus sum in possessionem et non deiciam possessorem, sed vinctum opus facere cogam? quatenus res, inquit, esset? ».

La risposta data da Viviano ci è ignota. Probabilmente lasciò la cosa in sospeso, pur propendendo — come almeno dalla condotta stessa del pensiero e del discorso parrebbe risultare — per l'affermativa [1]. È certo che rispondeva affermativamente (tuttochè con qualche dubbio: Ulp. l. c. « **verius** puto », Paul. R. S. 5, 6, 6 « deiectus **videtur** ») la giurisprudenza posteriore. Indagare la ragione vera di tale decisione non entra nell'assunto nostro: è un punto gravissimo che si connette colle più delicate questioni sulla perdita del possesso ed anzi sulla stessa natura di questo. E noi non vogliamo qui ricercare se la dottrina savignyana sulla perdita del possesso, che prende appunto le mosse da questo passo [2], sia — come taluno ora sostiene — assolutamente inadeguata a spiegarlo.

7. La decisione conservata in D. 43, 19, 1, 6 è una delle più felici. Essa si connette, poi, strettamente con l'obbligo del vicino di prestare il passaggio, quando non sia possibile co-

---

(1) Il BEKKER, *Recht des Besitzes*, p. 208, respinge senz'altro l'idea che si potesse ricorrere al pensiero del *possesso* della persona libera. Eppure io non so dimettere la persuasione (v. anche KNIEP, *l. c.*, p. 200 sg.) che la figura della *possessio bonae fidei* di persone libere (cfr., per es., G. 2, 92) sia una reliquia di un antico concetto assai più generale. Un anonimo che scrive a Giavoleno (e che deve, per conseguenza, reputarsi a un dipresso contemporaneo di Viviano) sembra aderire ancora a quell'antica dottrina: quaero, si vinxero liberum hominen ita *ut eum possideam*, an omnia, quae is possidebat, ego *possideam per illum?* Precisamente il nostro caso. Si aspetterebbe qui una risposta celsina: tutt' altro! " si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non *puto* " (D. 41, 2, 23, 2). All' età di Traiano c' era dunque chi ammetteva la *possessio* di un uomo libero. Era fra costoro anche Viviano? Ciò si accorderebbe con la sua ammirazione per la giurisprudenza antica ed anzi antiquata, di cui avemmo pur qualche saggio, e parrebbe poi in perfetta armonia con la chiusa del § 46: et quod in parte servorum dictum est... in omnibus dici ait, si... *possideri ab eo coepissent.*

(2) SAVIGNY, *Besitz*, 7a ed., p. 344.

municare per la via pubblica. Questo obbligo era già stato riconosciuto da Cassio (D. 8, 6, 14, 1).

Le cose finora esposte bastano a far comprendere che l'opera di Viviano non potè essere troppo breve: gli argomenti erano svolti fin nei minuti particolari, molteplici erano le citazioni ed addotte le principali controversie. Se fosse veramente da leggersi nella Collatio 12, 7, 8 'libro VI apud Vivianum', quel passo ci fornirebbe un indizio per misurare approssimativamente la vastità di quel commentario. Sarebbe stato per estensione poco diverso da quello di Gaio *ad edictum provinciale*. Ma, per quanto verosimile, quella lezione non è che una congettura.

II

Prisco Fulcinio.

Tutti quasi gli scrittori moderni sono d'accordo intorno all'età, in cui visse questo giureconsulto (1). Visse prima dell'età traianea, essendo le opere sue già note a Nerazio, e d'altra parte sembra risultare con sicurezza da D. 31, 49, 2 che fosse posteriore a Labeone. Si aggiunge che troviamo messo Fulcinio insieme ad Atilicino (D. 25, 2, 6 pr.) ed a Fabio Mela (D. 25, 2, 3, 4), entrambi contemporanei di Proculo e di Sabino. Si può, pertanto, accedere senza difficoltà alla comune opinione. Dove cominciano i dubbi ed i dispareri, si è nel determinare a qual genere di scritti questo giureconsulto (di cui in tutto ci sono conservate nelle Pandette undici citazioni) abbia raccomandato la sua memoria. Il Rudorff, nelle sue divinazioni poco felice, scrive; « vielleicht schrieb er über das Edict ». Eppure, questa indagine non presenta difficoltà troppo gravi. La chiave, s' io non erro, ci viene offerta dal passo D. 39, 6, 43 preso dal libro I responsorum di Nerazio:

---

(1) Cfr., per es., Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 184; Roby, *An introduction to the study of Justinian's Digest*, p. CXLVIII; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 693.

Fulcinius: *inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat.* Neratius: *sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet; quam iuste nec ne susceperit, non quaerendum.*

Abbiamo qui un brano della collezione di responsi fatta da Nerazio. Ebbi già occasione di notare [1] come in questa sua collezione Nerazio non ponesse solamente responsi propri; ma, seguendo l'uso generale del tempo suo, vi aggiungesse pure responsi altrui, illustrandoli e criticandoli. Qui ne abbiamo un esempio chiarissimo. Nerazio adduce un responso di Prisco Fulcinio e poi ne fa la critica. Basterebbe questo passo a dimostrare quale fu il mezzo, per cui le opinioni fulciniane divennero note ai giureconsulti classici. I suoi responsi, editi già prima secondo ogni verosimiglianza [2], furono compresi nelle collezioni dell' età traianea.

Del resto, tale risultato si conferma con altri argomenti. Il fr. D. 50, 16, 79, 1 è tolto dal libro VI di Paolo ad Plautium. Che l'opera di Plauzio fosse appunto una collezione di responsi fatta pure al tempo di Traiano, ho già dimostrato ampiamente altrove [3]. Quel brano, quindi, di Fulcinio ivi riportato forma parte di un responso di lui. Se poi pensiamo come Ulpiano (36 ad Sab., D. 25, 1, 1, 3) e Paolo (7 ad Sab., ib. fr. 2) riproducano altre parti di quel responso, citando semplicemente così: « Fulcinius inquit », vedremo in modo abbastanza evidente donde siano state tolte le opinioni fulciniane [4].

Il binomio « Atilicinus et Fulcinius aiunt » (D. 25, 2, 6 pr.) serve pure a confermare questo risultato. Vi hanno pure passi, che mostrano chiaramente avere Fulcinio fatto prevalere qualche massima per mezzo di responsi ripetuti:

---

[1] Nell'articolo su Plauzio, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1885 [*sopra*, p. 22].

[2] Pare che Pomponio potesse consultare la raccolta originale dei responsi fulciniani: " *Fulcinius scripsit* „ D. 24, 1, 29 pr.

[3] Cfr. l'articolo già citato.

[4] Paolo ebbe, forse, notizia del responso per i suoi studi plauziani: Ulpiano lo toglie da Pomponio (cfr. fr. 5 eod.). Del resto, doveva esser noto nelle scuole.

D. 43, 16, 8: ‘Fulcinius dicebat’.
D. 31, 49, 2: ‘quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat’.

È un fatto degno di nota, che quasi tutti i responsi fulciniani si rapportano al diritto matrimoniale e segnatamente al dotale. Fra questi, il più famoso è quello che segnò il concetto delle impensae in res dotales e la loro tricotomia in necessarie, utili e voluttuarie (D. 25, 1, 1, 3; 2; 3. 50, 16, 79, 1) [1]: concetto e tricotomia passati poi in altre materie di diritto. L'antichissimo adagio « impensae necessariae dotem ipso iure minuunt » richiedeva che tali principii venissero ben nettamente formulati. Quando si estese la tricotomia alle azioni reali non è facile il dirlo: certo dovette essere presto.

Che il marito, pur avendo lucrato la dote, non sia tenuto pe' funebri della moglie divorziata e maritata ad un altro, è un notevole responso fulciniano [2]. Il proverbio « impensa funeris aes alienum dotis est » è molto antica: « aequissimum enim visum est veteribus — scrive Ulpiano — mulieres quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari » [3]. Fulcinio, però, non ne fa una semplice questione economica, ma anche una questione morale: e non è questo l'unico caso in cui ci verrà di fare questa osservazione. La quale — sia qui detto di passaggio — torna pure a lode di Fulcinio: non è possibile assolutamente astrarre dall'elemento etico, quando si tratta del diritto matrimoniale, il quale ha con la morale rapporti così intimi e numerosi. Nè, invero, si potrebbero attribuire ad una diversa tendenza gli sforzi di Fulcinio (D. 25, 2, 3, 4; 6 pr.) per estendere l'actio rerum amotarum a spese dell'actio furti:

---

[1] Intendo: segnò in modo definitivo. Il concetto di *impensae necessariae* era già noto a Labeone, fr. 1 § 3 cit. D'altra parte, l'indole dei frammenti citati prova appunto che Fulcinio si riferiva solamente alle *dotales impensae*. Chi attribuisce a Fulcinio la massima (del resto antica) contenuta in D. 13, 1, 13, non potere il ladro chiedere compenso per le spese, potrebbe pensare che questo giureconsulto elaborasse in modo più vasto e generico la dottrina delle *impensae*. Ma chiunque legga attentamente quel passo, vedrà che ivi si tratta piuttosto di una osservazione di Paolo, che non di una affermazione di Fulcinio. Cfr. anche Pernice, *Labeo*, II, 178–179.

[2] D. 11, 7, 29 pr.

[3] D. 11, 7, 16.

« quia displicuit... furti obligari ». Altre decisioni di Fulcinio in materia di diritto matrimoniale concernono le donazioni fra marito e moglie. È risaputo che, se la moglie compera qualsiasi oggetto co' denari donatile dal marito, e poi quell'oggetto perisce, il marito non può più ripetere nulla. Si domanda ora se debba decidersi ugualmente nel caso che la moglie abbia coi denari donatile dal marito acquistato un servo e poi, venduto questo, col prezzo ricavato comperatone un secondo. Fulcinio (D. 24, 1, 29 pr.) decise che no: e la ragione del suo responso non è difficile ad indovinarsi. Il secondo servo non era stato acquistato coi denari donati dal marito, non proveniva « ex re mariti » e doveva quindi, secondo il nostro giureconsulto, « periculo mulieris esse ». La decisione fulciniana fu poi criticata, quando si assorse ad un concetto più largo e si ammise doversi riguardare come proveniente « ex re mariti » anche quello che soltanto per via indiretta derivava dalla liberalità di lui.

Anche un'altra decisione risente fortemente del primitivo rigore, che fu temperato di poi. La donazione fra coniugi a causa di morte era ritenuta da Fulcinio valida soltanto « si donator iustissimum mortis metum habeat ». Anche in questo rigore di Fulcinio si troverà un nuovo argomento dell'asserto nostro: si pensi, infatti, come nei primi tempi dell' impero procurasse la giurisprudenza di mantenere alto l' onore del matrimonio, pur eccedendo qua e là, in guisa da parere a' giureconsulti classici soverchiamente rigida e quasi ostile.

Fra le sentenze di Fulcinio, che non appartengono al diritto matrimoniale, due meritano speciale considerazione. La prima è quella, per cui si oppose alla massima, posta in voga da Trebazio, essere valido il legato di cosa, della quale il legatario non ha il commercio (D. 31, 49, 1). L'altra è quella, che sostiene « ex argento subrepto pocula facta condici posse » (D. 13, 1, 13). A' tempi di Fulcinio sorgeva appunto la controversia scolastica intorno alla specificazione; Gaio nomina Sabino e Cassio da una parte (2, 79), Proculo e Nerva dall' altra (D. 41, 1, 7, 7). Labeone, che certo si era occupato di questa materia (D. 41, 1, 26, 2), non fu — a quanto sembra — il padre della futura teoria proculiana.

Fulcinio sembra avere aderito alle idee di Proculo. Altrimenti non si comprenderebbe com'egli trovasse il bisogno di

accentuare così energicamente potersi ‘ condicere pocula facta ex argento subrepto ’. Secondo la dottina sabiniana questa conseguenza si sottintende. Questa decisione fulciniana ci potrebbe anche insegnare che il motivo per cui fu concessa (anche secondo la scuola proculiana: G. 2, 79) la condictio furtiva degli oggetti specificati non fu (come dicono molti) quello, che la specificatio era avvenuta in mala fede. Giacchè da una parte osserva benissimo il Pernice che la giurisprudenza romana non considera la buona fede come momento essenziale per l'acquisto del dominio [1]; dall'altra Fulcinio non esclude la condictio neppure contro il terzo, che in buona fede abbia specificato la cosa furtiva [2].

Come si spiegasse questa eccezione non è facile dire. Nei giureconsulti romani troviamo delle ragioni poco persuasive e bisognevoli esse pure di dimostrazione. Sono, evidentemente, palliativi che nascondono la utilitatis causa e l'odium furum. Trattandosi di un responso, non è da pensarsi che Fulcinio giustificasse la sua sentenza. L'avere egli, però, mentre si andava formando la dottrina proculiana sulla specificatio, rimosso la difficoltà, forse più grave, che essa in pratica poteva incontrare, giovò indubbiamente alla diffusione di quella. La scuola proculiana fece tosto sua la massima di Fulcinio, del quale pertanto possiamo arguire quale fosse l'autorità e la rinomanza.

---

(1) *Labeo*, II, 150. Appoggiarsi poi a questo passo per negare che lo specificante di mala fede acquisti il dominio, non è punto giustificato. In sostanza si presuppone tacitamente (WINDSCHEID, I, § 187) che sia ladro ogni specificante di mala fede. Nulla, invece, di più falso.

(2) Questa decisione fulciniana spiegherebbe le parole di Gaio, *l. c.* “ condici tamen furibus et *quibusdam aliis possessoribus* possunt „. Cfr. PERNICE, *l. c.*, p. 151.

Atilicinus (*).

Dieser Jurist, der, wie bekannt (1), ein Zeitgenosse des Proculus gewesen ist, wird 27 mal in den Pandekten, 1 mal in den Vaticanischen Fragmenten (§ 77) und 1 mal in den Institutionen (2, 14 pr.) citirt.

Bei Ulpian wird er 12 mal angeführt und zwar: 9 mal in den Fragmenten ad Edictum D. 10, 3, 6, 4. 15, 1, 17. 2, 11, 4, 4. 4, 8, 21, 9. 8, 3, 5, 1. 17, 2, 52, 18. 20, 6, 6, 2. 44, 4, 4, 8. 47, 10, 11, 6 — 2 mal in den Fragmenten ad Sabinum D. 33, 8, 6, 4. Fr. vat. 77 = D. 7, 2, 1, 3 — 1 mal in den Fragmenten ad legem Juliam et P. P. D. 25, 7, 1, 1.

Bei Paulus findet er sich 9 mal citirt (dazu Inst. l. l.) und zwar: 2 mal in den Fragmenten ad Edictum D. 2, 14, 27 pr. 3, 3, 43, 5 — 6 mal in den Fragmenten ad Plautium D. 5, 3, 43. 8, 3, 35. 17, 1, 45, 7. 34, 3, 16. 35, 2, 49 pr. 45, 2, 17; dazu Inst. 2, 14 pr. — 1 mal in den Fragmenten ad Sabinum D. 25, 2, 6 pr.; vgl. aber auch Inst. a. a. O.

Bei Pomponius wird er 3 mal angeführt (immer in den Bruchstücken ad Sabinum) D. 11, 7, 28. 13, 7, 6 pr. 30, 48 pr.

Nur einmal citirt ihn Julianus (12 Dig.) D. 12, 4, 7 pr.; vielleicht muss man aber auch die Citation bei Africanus (2 quaest.) D. 34, 2, 5 hieher ziehen. Endlich beruft sich Valens auf ihn (5 fid.) D. 32, 19. Ein Brief von ihm ist in Proculus' Briefsammlung bewahrt (11 epistul.) D. 23, 4, 17.

(*) [In *Zeitschr. der Sav.-Stift. für Rechtsg.*, R. A. ,7, 1886 pp. 85-90].

(1) D. 23, 4, 17. Vgl. RUDORFF, *Römische RG.*, 1, 184; ZIMMERN, *Gesch. des röm. Privatrechts*, I, 1, 320.

Es ist vor Allem folgende Stelle aus Ulpian's 17 Buch ad Edictum zu betrachten: D. 8, 3, 5, 1 'Neratius libris ex Plautio.... Proculum et Atilicinum existimasse ait'. Diese Stelle wirft helles Licht auf die andere des Paulus (3 ad Ed.) D. 2, 14, 27 pr. 'Neratius Atilicinus Proculus'.

Die Citation ist wohl auch hier auf Neratius' Bücher ad Plautium zu beziehen. Atilicinus wurde aber im Texte des Plautius, nicht im Kommentar des Neratius angeführt, wie es sich aus dem Umstande ergiebt, dass er auch in Paulus Büchern ad Plautium ziemlich oft erwähnt wird.

Paul. 2 ad Pl. (D. 5, 3, 43) 'Atilicinus quibusdam placuisse ait'.

Paul. 5 ad Pl. (D. 17, 1, 45, 7) 'Nerva Atilicinus'.

Paul. 9 ad Pl. (D. 34, 3, 16) 'Nerva Atilicinus'.

Paul. 12 ad Pl. (D. 35, 2, 49 pr.) 'Atilicinus Nerva Sabinus'.

Paul. 8 ad Pl. (D. 45, 2, 17) 'Atilicinus Sabinus Cassius'.

Dazu vgl. Inst. 2, 14 pr. 'Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos.... ad Plautium scripsit, refert' (1).

Plautius' Werk war höchst wahrscheinlich eine Responsensammlung (2), wie es solche zu Trajan's Zeit viele gegeben hat (Minicius, Urseius Ferox, Neratius u. s. w.). Plautius hat nicht nur einige Responsen zusammengestellt; er hat vielmehr auch die der berühmtesten Respondenten mit ziemlich grosser Vollständigkeit gesammelt und geordnet. Vgl. Vat. fr. 77 « omnes auctores apud Plautium ». Wenn also Atilicinus bei Plautius vorkommt, so ist an Responsen dieses Juristen zu denken. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte schon Atilicinus seine Responsen herausgegeben; Plautius scheint sich auf ein Werk von ihm zu berufen (D. 5, 3, 43).

---

(1) Auch in Fr. vat. § 77 gleich nach einer Citation von Atilicinus [darüber vgl. unten] werden " omnes auctores apud Plautium „ angeführt. Ich verstehe „ alle Juristen, deren Meinungen [wohl 'Responsen'] Plautius zusammengestellt hat „.

(2) Spuren des ursprünglichen Charakters des Werkes sind auch in den Bruchstücken der Bearbeitung des Paulus ersichtlich; vgl. z. B. D. 34, 3, 18 [e sopra, p. 19 sgg.].

Auch in andre Sammlungen sind Responsen des Atilicinus aufgenommen worden. Ulpian (19 ad Ed., D. 10, 3, 6, 4) schreibt: ‘ sed et partum venire (es ist vom iudicium communi dividundo die Rede) Sabinus et Atilicinus responderunt ’. Er hat hier gewiss Julian vor Augen (vgl. fr. 6 §§ 8. 9. 12), und zwar Julian's Bearbeitung der Responsensammlung des Urseius Ferox ([1]) (vgl. fr. 5, 6 § 12 eod.), die eben eine Quelle von Ulpian's Gelehrsamkeit gewesen ist ([2]). Es ist also sehr wahrscheinlich, dass Responsen des Atilicinus auch in der Sammlung des Urseius vorkamen.

Es ist wohl zu glauben, dass das Originalwerk des Atilicinus bald in Vergessenheit gerieth. (Fufidius scheint es noch gekannt und benutzt zu haben, vgl. D. 34, 2, 5 und Vat. Fr. § 77 nach der gewiss richtigen Mommsen'schen Vermuthung). Ein Beweis dafür liegt meines Erachtens in dem Umstande, dass Atilicinus fast nur neben anderen Juristen angeführt wird. Die klassischen Juristen fanden seine Responsen nebst denen von anderen Respondenten in den geläufigen Sammlungen zusammengestellt. Hier nur einige Beispiele: D. 2, 14, 27 pr. ‘ Neratius Atilicinus Proculus ’; D. 4, 8, 21, 9 ‘ Proculus et Atilicinus aiunt ’; D. 8, 3, 5, 1 ‘ Proculum et Atilicinum existimasse ait ’; D. 10, 3, 6, 4 ‘ Sabinus et Atilicinus responderunt ’; D. 12, 4, 7 pr. ‘ Nerva Atilicinus responderunt ’; D. 15, 1, 17 ‘ et Proculus et Atilicinus existimant ’; D. 17, 1, 45, 7 ‘ Nerva Atiticinus aiunt ’; D. 17, 2, 52, 18 ‘ Atilicinus Sabinus Cassius responderunt ’; D. 25, 2, 6 pr. ‘ Atilicinus et Fulcinius aiunt ’; D. 32, 19 ‘ Nerva et Atilicinus putaverunt ’; D. 34, 3, 16 ‘ Nerva Atilicinus .... aiunt ’; D. 35, 2, 49 pr. ‘ Atilicinus Nerva Sabinus ’; D. 44, 4, 4, 8 ‘ exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ’; D. 45, 2, 17 ‘ Atilicinus Sabinus Cassius aiunt ’.

([1]) Ueber das Werk des Urseius vgl. Voigt, *Aelius und Sabinus*, p. 34. Ich nehme aber jetzt nicht mehr an, wie ich es früher gethan habe (*Storia delle fonti*, p. 67-68), dass Cassius über Urseius geschrieben habe. Es handelt sich vielmehr um Responsen des Cassius [vgl. D. 7, 4, 10, 5], die Urseius angeführt hat. So müssen wir den Urseius in die trajanische Zeit setzen.

([2]) Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, 29.

Die Hauptquelle für die klassischen Juristen wird die Sammlung des Plautius geblieben sein. Sie stand in der besten Zeit der römischen Jurisprudenz im grossen Ansehen und wurde von Neratius, Javolenus, Pomponius und Paulus bearbeitet und kommentirt.

Bei Paulus findet sich, wie gesagt, Atilicinus auch in anderen Werken erwähnt. Ob dies mit seinen plautianischen Studien zusammenhängt, mag hier dahingestellt bleiben (1); es scheint aber vielmehr, als ob er solche Citationen seinen Mustern verdanke. Vielleicht selbst die Citation aus Neratius' libri ad Pl. D. 2, 14, 27 pr. ist aus Pomponius entnommen, der hier die Quelle und das Muster des Paulus ist. Fast gewiss ist aber die Citation in D. 25, 2, 6 pr. aus Pomponius geschöpft, wo das enge Verhältniss zwischen dem 7 Buche des Paulus und dem 16 Buche des Pomponius ad Sabinum selbst aus der Reihe der Fragmente sich ergiebt.

Niemand, der sich mit Ulpian's Fragmenten kritisch beschäftigt hat, und der die jüngst erschienenen Untersuchungen von Pernice kennt, wird daran zweifeln, dass er Atilicinus nicht direkt benutzt hat. Schwerlich hat er auch nur die Sammlung des Plautius gebraucht; durchstudiert hat er sie gewiss nicht. Es sieht so aus, als ob er die Citationen seinen Mustern entlehnt habe; und hier und da scheint er sich auf die Schulüberlieferung zu berufen, z. B. D. 20, 6, 6, 2 und wohl auch D. 25, 7, 1, 1 (2). Es kann sonst nicht Zufall sein, wenn eben dort Atilicinus angeführt wird, wo das Abschreiben offenbar ist, z. B. D. 2, 11, 4, 4 (Julian). 4, 8, 21, 9 (Julian oder Pomponius). 15, 1, 27 (Julian) u. s. w.

---

(1) Paulus' Bücher ad Plautium, ad Edictum, ad Sabinum gehören sämmtlich zur ersten Periode seines literarischen Lebens. Eine relative Chronologie dieser Werke zu fixiren ist leider bisher nicht gelungen. Vgl. Fitting, *Alter der Schriften*. 44. 46.

(2) Die Citation in D. 10, 3, 6, 4 ist aber, wie gesagt, der Sammlung des Urseius (nach Julian's Ausgabe) entnommen. In D. 8, 3, 5, 1 ist die Citation wahrscheinlich direkt aus Neratius libri ad Pl. entlehnt. Es ist ja bekannt, wie im 17 Buche ad Edictum Ulpian die Membranae des Neratius vielfach benutzt hat [z. B. D. 8, 3, 3, vgl. Pernice, *Ulpian*, p. 25]. Er mag leicht genöthigt gewesen sein den Kommentar desselben Juristen zum Plautius zu vergleichen.

Fassen wir unsere Ergebnisse zusammen, so werden wir folgende Sätze als ziemlich sicher betrachten können:

1. Das Originalwerk des Atilicinus (höchst wahrscheinlich eine Responsensammlung) scheint nach der trajanischen Zeit in Vergessenheit gerathen zu seiu.

2. Ein grosser Theil solcher Responsen wurde aber in den Responsensammlungen der trajanischen Zeit bewahrt. Man kann beweisen, dass es solche Responsen in der Sammlung des Urseius und noch zahlreicher in der Sammlung des Plautius gab.

3. Durch diese Sammlungen sind die Responsen des Atilicinus den Juristen der hadrianisch-antoninischen Zeit bekannt geworden. Bei den späteren klassischen Juristen sind die Citationen des Atilicinus gewöhnlich den früheren entlehnt.

Es lässt sich kein Grund anführen, der berechtigte, den Atilicinus einer der beiden Juristenschulen zuzuzählen. Der Schluss ist ganz negativ; es lässt sich nämlich keine charakteristiche Meinung wahrnehmen. Man könnte vielleicht vermuthen, Atilicinus sei ein Sabinianer gewesen, da seine Responsen auch bei Urseius sich finden, der hauptsächlich auf die Sabinianer Rücksicht genommen hat (1), und da sehr häufig Atilicinus neben Sabinus und Cassius angeführt wird. Der erste Grund ist aber kein sicherer: Urseius hat wohl auch Responsen der Proculianer (insbesondere des Proculus selbst) aufgenommen; der zweite kann auch sehr wenig beweisen: sehr oft wird Atilicinus neben Proculus oder neben Nerva erwähnt. Dazu kommt, dass Pomponius ihn unter den Anhängern der beiden Schulen nicht nennt. So schweigt Pomponius auch von Sextus Pedius, Fabius Mela (2), Titius Aristo u. A. m., die keiner Schule angehört zu haben scheinen.

Diese Reihe ausgezeichneter Juristen, die ihren eigenen Weg gegangen sind, war es eben, die zur Entwickelung des römischen Privatrechts recht viel beitrug und die sehr wahr-

---

(1) Vgl. VOIGT, a. a. O.

(2) Dass Mela ein Proculianer gewesen, ist gewiss ohne hinreichenden Grund behauptet worden. Vgl. RUDORFF, *Röm. RG.*, I, 179 und dazu FERRINI, *Rend. Ist. Lomb.* 2.ª s., 18, 871 [*supra*, p. 17 sg.].

scheinlich das Emporblühen der römischen Rechtswissenschaft durch Salvius Julianus am meisten vorbereitet hat. Julian selbst war nur nominell ein Sabinianer, indem er aus einer sabinianischen statio hervorging (1).

Dass Atilicinus ein sehr unabhängiger Jurist gewesen, ergiebt sich aus einer Aeusserung, die noch in den Inst. 2, 14 pr. bewahrt worden ist. Er meinte, dass die Erbeseinsetzung des eigenen Sklaven die Manumission desselben in sich schlösse. Diese freie Auslegung einer letzwilligen Verfügung ist für jene Zeit sehr beachtenswerth; sie erschien nicht nur den Zeitgenossen, sondern auch den folgenden Juristen zu kühn, und hat erst unter Justinian allgemeine Geltung erlangt. Hieher gehört auch die Notiz in den Vat. fr. § 77. Während es allgemeiner Satz war, dass der Niessbrauch auch demjenigen anwächst, der seinen Theil bereits verloren hat « quia ususfructus cottidie constituitur et legatur », hat dagegen nur Atilicinus Einspruch erhoben, indem er meinte, dass ein Vermächtniss des Niessbrauches ganz wie ein Eigenthumsvermächtniss zu behandeln sei (2).

Seine Responsen zeigen überhaupt seine besondere Rücksicht auf die Erfordernisse der aequitas. Man vgl. D. 2, 14, 27 pr. 11, 7, 28. 13, 7, 6 pr. u. s. w. Aus Stellen, wie z. B. D. 8, 3, 5, 1, geht hervor, wieviel er dazu beigetragen hat, einige Grundsätze des Privatrechts festzustellen. Sein Scharfsinn wird durch eine Stelle bewiesen, die neuerdings von Wächter (3) richtig ausgelegt worden ist: D. 47, 10, 11, 6:

« Atilicinus autem ait: et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad iniuriam faciendam oboediret, posse iniuriarum mecum agi ».

« Alias nolenti » sagt der Jurist; hätte der Andre auch sonst das Verbrechen begangen, da läge hier nur ein Versuch

---

(1) Vgl. unsere *Storia delle fonti*, p. 73.

(2) Ob er den Satz, dass der Niessbrauch als pars dominii zu betrachten ist, streng verstanden wissen wollte? Vgl. Stephanos im *Suppl. Basil.*, p. 63 [sch. 6].

(3) *Vorlesungen über das gem. deutsche Strafr.*, 203 f.

ohne Erfolg vor, der nach der Lehre der klassischen Juristen ungestraft bleiben soll.

Leider sind aber die Notizen allzu sparsam, um über diesen hervorragenden Mann etwas genaueres sagen zu können. Wäre es uns gelungen ein wenig Licht auf ihn zu werfen, so wäre unsere Mühe hinreichend belohnt.

Postille esegetiche
ai frammenti del commentario di Ulpiano
alle formule edittali ad legem Aquiliam (*).

I

Non molte sono le idee originali esposte da Ulpiano nei frammenti del libro 18 del suo commentario all'Editto concernenti le formule edittali *ad legem Aquiliam*. In gran parte non fa che compilare dagli scritti de' giureconsulti dell'età adrianea-antoniniana e soprattutto da quelli di Salvio Giuliano. Questo giurista è citato da Ulpiano in que' frammenti ben 18 volte: fr. 5 § 3; fr. 7 pr. [ait (Iulianus)]; fr. 11 §§ 2, 5, 7, 9, 10; fr. 13 §§ 1, 3; fr. 15 § 1; fr. 21 § 1; fr. 23 §§ 1, 2, 3, 11; fr. 27 pr. § 3 h. t. Le quali citazioni vanno riferite al libro 86 de' Digesti di Salvio Giuliano, come appare anche dall'altro frammento che rimane a citarsi, D. 9, 4, 2, 1 (1), oltrechè da alcuni raffronti che ognuno da se stesso può fare, per es., fr. 11 § 2 e fr. 51 § 1. In seconda linea viene Celso, assai più di rado viene citato Pomponio, i commentarii del quale hanno fatto del resto le spese principali della ricca erudizione, che sovrabbonda in questi frammenti ulpianei.

(*) [Nota letta al R. Istituto Lombardo il 4 marzo 1886: pubblicata nei *Rendiconti*, 2a s., 19, 1886, p. 245 sgg].

(1) Cfr. Lenel, *E. P.*, p. 156, n. 4 e 7 [3a ed., 198, n. 11].

Importa vedere se, mentre nella dottrina degli altri delitti privati Ulpiano ha qualche sua idea caratteristica [1], a proposito di questo delitto *ex lege Aquilia* una tale si possa scoprire. I passi, in cui Ulpiano parla in propria persona, sono di due specie. In alcuni non fa che confermare opinioni altrui; in altri, invece, espone delle osservazioni come originali. I casi della prima specie non hanno molta importanza e basterà qui addurre qualche esempio:

Fr. 5 § 2: et *Pegasus* negavit.... *et hoc est verissimum.... Labeo* ait.... et *hoc puto verum.*

Fr. 7 § 5: *recte Labeo* dicit.

Fr. 9 pr.: *Labeo* distinguit.... *quae sententia vera est.*

Fr. 11 § 3: *Celsus* scribit.... quod et *Marcello* videtur *et est probabilius.*

Fr. 27 § 3: ait *Iulianus.... et est verissimum, cum et Marcellus consentit.*

Ib. § 11: *Proculus* ait.... *quae sententia habet rationem.*

Ib. § 16: et non negat (Celsus).... *quae sententia vera est.*

È, del resto, notissimo quanto tali e simili frasi (a cui va aggiunto il « quamvis nec illud male dicatur » del fr. 11 pr.) sieno frequenti nei commentarii di Ulpiano. Il Pernice [2] lo ha bene avvertito ed ha pure opportunamente notato quanto strana sia alle volte la forma di cui Ulpiano si serve per indicare il suo accordo con gli autori citati. Ciò ch' egli non ha avvertito, si è come tali frasi sieno penetrate inavvertitamente per l' uso continuo scolastico delle opere di Ulpiano nello stile delle scuole giuridiche specialmente orientali e siansi quivi a lungo conservate. Un curioso esempio trovo in un giureconsulto bizantino, per molti capi paragonabile ad Ulpiano: Stefano. Nel suo indice de' Digesti fr. 9 *De rei vindicatione* (6, 1) si esprime gravemente così: « Così, come dicevo, Pegaso. Ma io ed Ulpiano

---

[1] Basti qui accennare alle dottrine di Ulpiano sull' *animus lucri faciendi* nel delitto di furto. Cfr. D. 47, 2, 39 e fr. 52 § 20 eod. (v. invece Paolo D. 47, 2, 83, 2 e Rec. Sent. 2, 31, 12). Affatto paralleli sono gli insegnamenti di Ulpiano a proposito dell' *animus iniuriandi* nel delitto d' ingiuria: cfr. D. 47, 10, 15, 13. Diciamo essere queste dottrine proprie di Ulpiano; non diciamo che sieno innovazioni fortunate.

[2] *Ulpian als Schriftsteller*, p. 35.

riteniamo che l'azione reale si possa intentare contro chiunque detiene la cosa altrui ed ha la facoltà naturale di renderla » (1). Non pensava forse in quel momento il nostro Stefano che la sua opinione era ben superflua, dopo ch' era stata accolta come legge quella del vecchio giureconsulto latino.

Fra questi passi, in cui Ulpiano conferma un' opinione altrui, merita speciale attenzione il fr. 11 § 3:

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius.

È noto quali sforzi siensi fatti dai bizantini fino ai moderni per conciliare questo passo con l'altro di Giuliano (fr. 51 h. t.). La spiegazione de' bizantini (2) e della Glossa, per cui nel fr. 11 § 3 si parlerebbe d' una prima ferita non sicuramente mortale, mentre nel fr. 51 si parlerebbe di tale prima ferita, in forza di cui « *certum esset aliquem vita excessurum* », trova indubbiamente un appoggio apparente nel fr. 15 § 1 h. t.; ma non si può accettare. Nonostante infatti che da valenti romanisti attuali sia stata accolta (3) o almeno ritenuta possibile (4), essa incontra troppo gravi difficoltà nelle espressioni « mortifero vulnere », « vulneratus mortifere » usate ne' fr. 11 § 3 e 15 § 1; nè d' altra parte si potrebbe ritenere che i giureconsulti romani col loro criterio eminentemente pratico

---

(1) ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, [ὁ πήγασος. ἀλλ'] ἐγὼ καὶ οὐλπιανὸς κατὰ παντὸς νεμομένου τὸ ἀλλότριον καὶ φυσικὴν ἔχοντος εὐχέρειαν τῆς τοῦ πράγματος ὑποκαταστάσεως δεόντως ὑπολαμβάνω κινεῖσθαι τὴν in rem. Se anche taluno pensasse esser questo un avanzo di antica elaborazione anteriore a Giustiniano e accolta poi da Stefano, sarebbe diminuita alquanto la stranezza dell' espressione; ma la sostanza della nostra osservazione non verrebbe turbata. Cfr. *Supplementum Basilicorum*, p. 6, sch. 24. Ad un ἐγὼ καὶ οὐλπιανός nel testo di Stefano fa conchiudere anche lo sch. ἐπειδὴ ad B. 60, 3, 15, 1, Hb. V, 277; sch. *i* Fab. VII, 77, etc.

(2) Chiaramente tale idea non è però sostenuta che negli scolii recenziori, cfr. per es. sch. Εἰ μέντοι, Bas. Hb. V, 278; Ἰωάννης, ib. V, 79.

(3) Cfr. i citati da CASTELLARI, *Archivio giuridico*, XXII, 356-7.

(4) VANGEROW, *Leitfaden*, Marburg 1852, 3, 571.

e sano abbiano messo in campo il concetto arduo ed in pratica incertissimo dell' assoluta letalità delle ferite.

Recentemente il Vangerow [1] ha proposto che la *ratio* della diversa soluzione s' abbia a cercare non nella natura della prima ferita, ma piuttosto in quella della seconda. Ne' casi — egli osserva — preveduti dal fr. 11 § 3 e anche dal fr. 15 § 1 si tratta di un servo che, già vittima d' una ferita capace di arrecare la morte, venga da altro aggressore spacciato del tutto (o per altro avvenimento sgraziato sia tolto di vita). Il secondo fatto, il quale produce necessariamente ed incontinenti la morte, rompe il nesso causale fra la prima ferita e questa; l' azione si deve quindi dare *de vulnerato*, non *de occiso*. Invece nel caso del fr. 51 il secondo feritore non verrebbe nemmeno lui a produrre subitamente la morte del servo; questi morrebbe solo più tardi senza che alcuno possa con piena certezza asserire quale delle due ferite fu causa efficiente della sua morte.

Insiste il Vangerow sulla frase « *alius postea exanimaverit* » e sull' altra « *ex alio vulnere periit* »; il fr. 15 § 1 compara l' *alius ictus* con cause produttrici di morte istantanea; mentre il fr. 51 pr. direbbe soltanto che la seconda ferita fu aggiunta '*ut maturius* (non *statim*) *interficeretur*'. Si confronti poi, dice il Vangerow, l' intero ragionamento di quest' ultimo passo.

Parrebbe quasi che la stessa dottrina fosse già insegnata negli scolii recenziori ai Basilici. *Qual' è* — si domanda un bizantino, probabilmente l' Agioteodorita — *qual' è la differenza fra questo passo* (fr. 51 pr.) *ed il fr. 15* h. t.? *Che l' ictus è più grave del vulnus; di qui la differenza fra questo passo ed il fr. 15* [2].

Ora, il fr. 15 § 1 applica per l' appunto la voce « *ictus* » al secondo colpo ('vel alio ictu maturius perierit'). Ma noi non abbiamo qui a fare che con un relativamente moderno commentatore, il quale non conosceva e però non usava il testo latino, ma si limitava a chiosare la versione greca contenuta ne' Basilici. Se si confrontano ora i due passi Bas. 60, 3, 15, 1 e 51, si vede che la differenza si rapporta alla prima e

---

(1) Vangerow, l. c., p. 571-2.

(2) Sch. 'Αφ' οὗ, Bas. Hb. V, 319. Lo scolio non si conteneva nell' edizione fabrotiana.

non alla seconda ferita [1]; lo scoliaste non fa, quindi, altro che ripetere in forma nuova la spiegazione già accennata.

Contro la conciliazione del Vangerow si è dichiarato il Windscheid, osservando come « die von Vangerow III § 681 Anm. 2 vorgeschlagene systematische Meinung scheitert ..... an der in § 2 für das zweite Delikt angenommenen Schätzungszeit » [2].

E per vero le parole ' posterior (i. e. qui posterior vulneravit) in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit ' sembrano indicare essere stata la seconda ferita anche in questo caso cagione immediata di morte, Cfr., infatti, il fr. 21 § 1 h. t.:

quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit (servus), *inde annum numerabimus secundum* Iulianum, *ex quo vulneratus est*, licet Celsus contra scribit.

Precisamente Giuliano fece trionfare la dottrina doversi l'anno computare dal giorno del ferimento, non da quello della morte seguitane. Se, dunque, qui dice doversi l' anno computare dal giorno « quo vita excessit », è segno che la seconda ferita arrecò immediatamente la morte e che il caso qui da Giuliano supposto non è a tale riguardo diverso da quelli previsti ne' fr. 11 § 3 e 15 § 1 h. t. [3].

L'opinione dominante, accettata dal Pernice [4] e dallo stesso Windscheid, sostiene che il fr. 51 contenga un' opinione singolare di Giuliano, che non riescì a prevalere.

---

(1) Cap. 15, 1: ἐὰν θανατηφόρως τραυματίσω δοῦλον (io primo feritore): cap. 51 ἐάν τις δοῦλον θανατηφόρῳ πλήξῃ. Curioso si è che allo scoliaste abbia fatto maggiore impressione il mutamento di τραυματίζειν in πλήττειν, che non la conservazione del θανατηφόρως. Cfr. lo sc. Εἰ μέντοι, Bas. Hb. V, 278; sch. *o* Fab. VII, 78.

(2) *Lehrbuch des Pandektenrechts,* II⁵, 39 n.

(3) Così anche lo Stefano nell' Indice, posto qui al solito senz'alcuna indicazione fra gli scolii nella pessima edizione heimbachiana de' Basilici; sch. Ἐάν τις Hb. V 318-9; sch. *s* Fab. VII, 110-112: ὁ δὲ δευτέραν πληγὴν ἐπενεγκών, ἐξ ἧς καὶ ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης, ὅσου ἐντὸς ἐνιαυτοῦ ἀπὸ τῆς τελευτῆς ψηφιζομένου πλείονος ἄξιος ἦν οἰκέτης, εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται.

(4) *Sachbeschädigungen*, 179.

Non v'ha dubbio che questa opinione si può confortare con diversi argomonti esegetici. L'avviso esposto da Ulpiano nel fr. 11 § 3 appartiene, per espresso insegnamento di lui medesimo, a Celso, da cui lo prese anche Marcello. Ora, Celso è non di rado agli antipodi di Giuliano ed anche in questa materia v'ha tra' due grandi contemporanei notevole disparità di vedute [1]. E Marcello assai di frequente — e non solo nelle sue note a Giuliano — critica le opinioni di questo e cerca di restringerne l'efficacia [2].

Nel fr. 11, poi, Ulpiano ha precisamente davanti agli occhi il testo di Giuliano a noi conservato nel fr. 51 h. t., tant'è vero che la citazione di questo fatta nel § 2 di quel fr. 11 corrisponde al § 1 del fr. 51. E Giuliano è citato in quasi tutti i paragrafi del fr. 11, non però in quello di cui ci occupiamo. Il principio ivi esposto è invece, come s'è visto, attribuito a Celso e Marcello, segno quasi sicuro che non era condiviso da Giuliano, tanto più che il commentario ulpianeo anche nella figura che ha attualmente nelle nostre Pandette serba traccia di una antica controversia:

quod et Marcello videtur et est probabilius.

Se questa era l'opinione *più probabile*, bisogna pur che un'altra si disputasse con essa la supremazia nella giurisprudenza. Chiunque poi legga il fr. 51 non dura fatica ad accorgersi che ivi Giuliano mette in campo una dottrina sua propria, che cerca di rendere probabile al lettore.

Ma questo modo di considerare il rapporto tra il fr. 11 § 3 ed il fr. 51 pr. trova — come s'è già avvertito da un pezzo — un grave ostacolo nel fr. 15 § 1 h. t.:

Si servus vulneratus mortifere, postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato; sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait.

---

(1) Fr. 21 § 1 h. t.; D. 9, 4, 2, 1.

(2) Caratteristico è il fr. 27 § 3 h. t.: *sed an is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius Aquiliae actione, quaeritur. et ait Iulianus teneri: et est verissimum, cum et Marcellus consentit.* “È tanto vero„, dice Ulpiano, “che va d'accordo anche Marcello„.

Qui Giuliano verrebbe a sostenere una dottrina sostanzialmente identica a quella del fr. 11 § 3.

Il più goffo spediente sarebbe naturalmente quello di ammettere che Giuliano abbia a sua volta cambiato di parere: e appunto questo strano spediente fu adoperato da non pochi esegeti [1]. Ma oggidì tale spediente è divenuto addirittura impossibile dopo gli ultimi studii critici sull' uso delle fonti ne' commentarii di Ulpiano [2]: esso ha in questo frammento, come nel fr. 11 § 3, lo stesso libro 86 dei Digesti di Giuliano avanti gli occhi: lo stesso libro 86, da cui è preso anche il fr. 51.

La difficoltà rimane dunque più che mai viva ancora.

Si potrebbe tuttavia osservare come la decisione di Giuliano nel fr. 51 dipenda principalmente da ciò che il giureconsulto applica al caso di due feritori consecutivi i principii sulla complicità.

Non regge l' osservazione del Vangerow che la sua decisione dipenda in questo caso dalla natura della seconda ferita:

Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, *sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur* etc.

Quale sia stata, piuttosto, la ragione, appare da quanto segue:

Idque est consequens auctoritati veterum, *qui, cum a pluribus* (contemporaneamente) *idem servus ita vulneratus esset cet.*

Ma, si dirà, come mai conciliare questo argomento tratto da' principii sulla complicità con questa decisione di Giuliano? Il caso dei *veteres* è che un servo sia stato da molti percosso e quindi rimasto ucciso, senza che si possa decidere a quale de' varii feritori contemporanei si debba il colpo mortale. Invece, nella fattispecie del fr. 51 pr. è indubbiamente il secondo feritore quello che ha tolto di vita il servo: il § 2

---

[1] V., per es., GLUECK, *Ausführliche Erläuterung*, 10, 347 sgg.

[2] Intorno all'uso di Giuliano nel commentario ulpianeo all' Editto perpetuo cfr. ora il PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, p. 19 sgg., e le note molto importanti ibid.

mostra come la seconda ferita dovè essere tosto seguita da morte [1].

Giuliano pensava evidentemente come nel caso che un servo ferito già in modo tale, che soglia ordinariamente arrecare la morte [2], venga finito da un altro: rimane quasi sempre dubbio a chi la morte veramente si debba. La prima ferita avrebbe forse potuto per la robusta costituzione del servo od altre favorevoli circostanze guarire; la seconda non avrebbe forse prodotto la morte del servo, se questi non fosse già stato infermo per il colpo antecedente. Sta bene che costui sia tenuto senz' altro *de occiso*, poichè, secondo l' opportunissimo avviso di Labeone [3], « ***aliud alii mortiferum esse solet*** »; ma non si può d' altra parte negare che ad ottenere quell' ultimo effetto della morte era concorsa come importantissimo coefficiente la prima ferita. Era, dunque, anche questo un caso in cui non appariva chiaro « cuius ictu perierit » (fr. 11 § 2, fr. 51 § 1), e Giuliano applicava senz' altro i principii della complicità. Che poi ragioni di pratica utilità lo spingessero a questo confessa egli medesimo sulla fine del frammento.

Nel fr. 15 § 1, invece, si tratta del caso in cui un servo, ferito in modo capace di arrecare la morte, venga poi a morire per un naufragio, un terremoto od altro fortuito accidente. L' *alio ictu* io lo intendo non nel senso di altra ferita; ma nel senso di « altro colpo fortuito » [4]. Infatti non solo il giurista avrebbe nel primo caso detto « alterius ictu »; ma tutto il contesto del frammento prova che si tratti di danni a niuno imputabili:

non est passa ruina apparere, an sit occisus.

L' indice di Stefano [5] rende benissimo l' *alio ictu* con « ἄλλως πληγείς » = « aliter perculsus » e, ricapitolando più

---

(1) Il Vangerow non ha confrontato il *maturius interficeretur* del fr. 51 pr. col *maturius perierit* del fr. 15 § 1.

(2) Questo e non altro è il senso della frase " certum esset aliquem vita excessurum ".

(3) Fr. 7 § 5 h. t.

(4) Si pensi a' casi del fr. 5 § 2 h. t.: per es. all' *ictus tegulae*.

(5) Lo Heimbach, non contento di avere relegato quest' indice fra gli altri scolii senza indicazioni (sch. 'Εὰν οἰκέτης Hb. V, 278; sch. *p* Fab. VII, 78), lo traduce anche assai male. ἄλλως πληγείς rende egli con " *alterius ictu!* ".

sotto il contenuto, si contenta della ruina e del naufragio e lascia da parte quest' aggiunta affatto generica.

In questo caso la ruina o l' altro accidente sfortunato ruppe il nesso causale tra il ferimento e la morte stessa. Nel caso invece del fr. 51 la seconda ferita, come causa essa pure imputabile, non ruppe già il nesso causale, ma, secondo il vedere di Giuliano, si aggiunse come altro coefficiente.

Insomma qui si lasciavano — sia pure con isforzo, Giuliano lo confessa — applicare i principii della complicità, mentre nell' altra specie, essendo la causa della morte immediata fuori della sfera della imputabilità umana, tale applicazione era assolutamente impossibile.

II.

I passi, in cui Ulpiano ha l'aria di esporre un'opinione sua propria, sono:

fr. 11 § 10: An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat; et *ego puto* melius utile iudicium ex hac causa dandum.

fr. 17 § 1: Si coniunctim duobus legetur Stichus et alter eorum occisum repudiaverit, *puto* coniunctum solum posse Aquilia agere, quia retro adcrevisse dominium ei videretur.

fr. 23 § 1: ...*ego* autem *puto* nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset.

fr. 27 § 9: ...*puto* utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum, qui neglegenter custodit [1].

ib. § 10: ...*puto* in factum actionem dandam... [2] sin autem nondum mihi damnum dederis.... damni infecti *puto* sufficere cautionem [3].

ib. § 17: ...ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec *mihi videri* damnum datum, atque ideo lege Aquilia agi posse.

---

[1] Cfr. *Coll.* 12, 7, 7.

[2] *Et ideo aequum putat* (Proculus): *Coll.*, eod. § 8.

[3] " *Nisi quis dixerit* damni infecti sufficere cautionem: *Coll.*

ib. § 34:... *mihi autem videtur* et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.

fr. 29 § 4:.... sin autem culpa nautarum id factum sit, *puto* Aquiliae sufficere (1).

Il giudizio su questi passi dev' essere molto cauto. La comparazione del fr. 27 h. t. con la *Collatio* 17, 7 mostra come i compilatori abbiano talora posto in bocca ad Ulpiano un « *puto* » ed altra simile espressione, mentre il giureconsulto si contentava modestamente di riferire idee altrui. Ad ogni modo non sarà fuor di luogo un breve esame che dimostri se e quanto d' originale in queste proposizioni si contenga.

Il fr. 11 § 10 dice:

An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et *ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.*

A chi legga questo paragrafo la prima idea che si presenta è quella che Giuliano dubitasse se concedere o no all' usufruttuario od usuario l' azione aquiliana (diretta) e che Ulpiano proponesse un temperamento, cioè volesse concedere un' azione utile.

Ma che Giuliano pensasse alla possibilità di un' azione diretta concessa all' usufruttuario non è neppure serio l' immaginare. Ulpiano qui non vuol dire altro se non che, parendo ancora dubbioso a Giuliano se si potesse concedere utilmente all' usufruttuario l' azione aquiliana, egli in modo conforme alla giurisprudenza de' suoi tempi non aveva in proposito difficoltà alcuna. Cfr. lo stesso Ulpiano (18 ad Sab.) D. 7, 1, 17, 3:

si quis servum occiderit, *utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitavi.*

---

(1) Qui si parla de' soli frammenti del commentario di Ulpiano *ad Edictum*; passi, come il fr. 41 h. t., non vengono pertanto in considerazione. Nè si trovano passi analoghi a quelli citati nel testo negli altri frammenti del commento ulpianeo alle formule edittali ad legem Aquiliam esistenti fuori di questo titolo: cfr. Lenel, *E. P.*, p. 156 n. 4.

E d' altra parte il contemporaneo Paolo ripete in D. 9, 2, 12 la stessa idea, in modo da mostrare essere stata tale dottrina a' suoi tempi comunemente accolta:

Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi *ad exemplum legis Aquiliae* actio in eum pro portione ususfructus.....

Che a' tempi di Giuliano la concessione dell' utile azione legis Aquiliae all' usufruttuario non fosse giurisprudenza pacifica, non è cosa che ci debba recare meraviglia.

In genere la concessione di un' *actio utilis Aquiliae* ad altri aventi diritti reali, fuorchè il proprietario, non ci è attestata che da scrittori relativamente recenti e tutti appartenenti all' età postgiulianea (1). Il fr. 11 § 10 ci insegna, anzi, che il compimento di questa dottrina appartiene esso pure a' meriti di Salvio Giuliano (2).

Non è difficile lo scoprire perchè i dubbi potessero essere più gravi per il caso dell' usufruttuario o dell' usuario, che non per esempio per il caso del creditore pignoratizio. Le difficoltà per la concezione della formula erano in tale specie assai più cospicue (3).

L' opinione esposta nel fr. 17 § 1 h. t. non è certo propria di Ulpiano; tanto che non sarebbe audace cosa il supporre che al posto, in che noi leggiamo ora ne' Digesti « *puto* », stesse nell' opera genuina *Marcellus ait* o qualche frase analoga. Si cfr. il passo di Marcello, fr. 34 e 36 h. t.:

Titio et Seio Stichum legavit: deliberante Seio, cum Titius vindicasset legatum, Stichus occisus est: deinde Seius repudiavit

---

(1) Fr. 11 § 10; 12; 17; 30 § 1 h. t. D. 7, 1, 17, 3. 20, 1, 27. 4, 3, 7, 4. 43, 24, 13 pr. ecc. È caratteristico che Gaio 3, 219 non tocca punto di questa applicazione dell' *utilis actio*.

(2) Che poi Giuliano abbia cercato di rendere indipendente l' azione dal fondamento reale, non sarei disposto a crederlo (D. 18, 6, 14 (13): PERNICE, l. c., p. 210); a me pare qui col PAMPALONI (*Arch. giur.*, 32, 1884, p. 392 n.) che il passo devasi spiegare come ha fatto lo HASSE, *Die Culpa*², 244 n. 1.

(3) Difficilmente il *melius puto* di Ulpiano si riferiva a questioni attinenti la concezione stessa della formula.

legatum. perinde Titius agere potest, ac si soli legatus esset, (fr. 36) nam sicut repudiante legatario legatum heredis est actio perinde ac si legatus non esset, ita huius actio est ac si soli legatus esset.

Il nesso fra il passo d'Ulpiano e quello di Marcello è tanto evidente, che i compilatori hanno riportato qui a dilucidazione dell'opinione di Marcello una proposizione (fr. 35) di quel frammento di Ulpiano.

Il fr. 23 § 1 contiene, com'è noto, uno de' punti più scabrosi, che si possano incontrare nell'esegesi di questo titolo. Recentemente è stato sottoposto ad un'acuta analisi critica dal prof. Pampaloni [1]. Egli respinge ogni tentativo di emendazione del testo; e lo intende al modo seguente:

Iulianus ait, si servus liber et heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit: quae sententia vera est. pretii igitur solummodo fieri aestimationem *(quod ad hereditatem*, cioè « in rapporto all'eredità »), quia hoc interesse solum substituti videretur. ego autem puto nec pretii fieri aestimationem (scil. *quod ad hereditatem)*: quia, si heres esset, et liber esset.

Non v'ha dubbio che tale interpretazione ha molto di attraente, specialmente se si considera che qualche volta sembra infatti avere la voce *pretium* [2] un significato molto comprensivo: cfr. il fr. 55 h. t.

Ma confesso che trovo difficoltà non lievi, che m'impediscono di accettare senz'altro l'interpretazione del Pampaloni. Prima di tutto mi pare difficile intendere la frase « pretii aestimationem » in rapporto all'eredità. Se Giuliano non voleva che nello stimare il danno si facesse la stima della eredità, che non era pervenuta al servo, ma si facesse la stima del servo

---

(1) *Osservazioni esegetiche* in *Arch. giur.*, 32, p. 387 sgg.

(2) Stefano però nell'Indice (sch. Εἰ μέντοι, Bas. Hb. V, 282) rende qui la voce *pretium* per διατίμησις τοῦ σώματος. Alla comune opinione accede anche il Pernice, o. c., p. 98. Cfr. poi per il senso, che qui deve avere la voce *pretium*, il fr. 36 § 1 h. t.

in rapporto alla eredità a cui era chiamato, avrebbe, mi pare, dovuto esprimerlo e Ulpiano avrebbe dovuto ripeterlo: la frase *aestimatio pretii* per sè stessa non accenna a questo. Ma ben più grave mi sembra far dire nientemeno che a Salvio Giuliano un tale errore: fargli, cioè, confondere il caso in cui il servo fosse stato istituito erede da un terzo e quello in cui il servo è stato istituito erede e manomesso nel testamento del suo padrone.

« L' errore di Giuliano — dice il Pampaloni (l. c. p. 18) — consisteva appunto nell' avere obliato che nel caso proposto non si tratta di un servo altrui istituito semplicemente erede, ma d' un servo proprio istituito erede e libero, il quale per conseguenza non può aumentare di prezzo e di utilità a cagione della istituzione in erede; perchè, come osservava Ulpiano, *si heres esset, et liber esset* ».

Ma precisamente questa osservazione ha fatto Giuliano per escludere dalla stima del danno quella della eredità « quae servo competere non potuit » = *che non avrebbe potuto competere a lui servo* (cioè senza che nel contempo diventasse anche libero). Così va appunto tradotto quell' inciso, e non, come fa invece il Pampaloni, « che non potè competere al servo » (1). Giuliano, adunque, con frase più concisa ed esatta disse lo stesso che Ulpiano « si heres esset, et liber esset »: e tanto meno, quindi, si può ammettere ch'egli non badasse alle conseguenze giuridiche di questo fatto.

Comprendo che, interpretando così il frammento, si viene ad attribuire un errore ad Ulpiano, il quale avrebbe dovuto accorgersi che, ucciso il servo essendo vivo il testatore, l'azione acquisita da questi trapassò coll' eredità al sostituto od all' erede legittimo. Ma, fra l'ammettere un errore di Ulpiano ed uno di Salvio Giuliano, la scelta non potrebbe essere dubbia (2).

---

(1) L'uso del *potuit* pare sia stato ben inteso dal CASTELLARI, l. c. p. 376. Del resto, su quest'uso " des Indicativs für den Coniunctiv bei demjenigen *was hätte stattfinden können* oder *sollen* ", normale appunto " bei den Verbis *müssen, sollen* und *können* " rimando per ora allo ZUMPT, *Lateinische Grammatik*, § 518 e seg. (10ª ed., p. 436 sgg.).

(2) Non trovo il bisogno di mutare la frase " heres esset " in " superesset " od altra analoga. Gli indici di Cirillo e Stefano confermano pienamente la lezione del testo latino. Molto fallace è il tentativo del CA-

Il fr. 27 § 9 h. t. = Coll. 12, 7, 7 contiene un' opinione che parrebbe davvero un tentativo ulpianeo di allargare l' efficacia della legge Aquilia. Che il passo D. 7, 1, 13, 2 mostri chiaramente che ai tempi di Giuliano si richiedeva indubbiamente un'azione dannosa come fondamento dell'actio leg. Aquil. deve concedere ora anche il Pernice (1). Già, del resto, a quei tempi pare fosse giurisprudenza decisa che chi compie un'azione deve badare alle sue possibili conseguenze (cfr. Gaio, fr. 8 h. t.). Che qui Ulpiano tenti andare un passo oltre col concedere l' azione anche contro chi « ad fornacem obdormivit vel neglegenter custodit » non mi par facile il negarlo (2).

Il Brinz (3) veramente dice non esservi differenza tra il caso fatto da Ulpiano in questo passo e quello del cocchiere che non sa trattenere i cavalli (fr. 8 § 1) o del pastore che lascia pascolare per inavvertenza il suo gregge sul fondo altrui. Si tratta sempre di alcuno « handelnd beschäftigt », che « wenn er dabei etwas versieht oder unterlässt, eine *culpa in faciendo* begeht ». Bisogna però avvertire che il cocchiere, che non sa per colpevole imperizia o debolezza trattenere i cavalli, offende *in ipsa actione;* colui, invece, che, dopo avere acceso il fuoco nella fornace, non lo invigila, si rende colpevole di una omissione dopo avere già terminata l' azione. Meno ancora si potrebbe chiamare in senso proprio « handelnd beschäftigt » colui che è posto a custodire una fornace già accesa. Questa è la ragione perchè qui Ulpiano non concede che utilmente l' azione. Il Brinz ritiene che « kann die Schadenstiftung dem einen Juristen (Ulpian) zu wenig körperlich oder

---

STELLARI, l. c., p. 376. La frase " si heres esset „ vuol dire " se sarà sopravvissuto al testatore „, giacchè qui si tratta di un erede necessario, che *statim* ed *ipso iure* diventa erede. Pare quindi che il ragionamento di Ulpiano sia questo: Giuliano dice che, essendo morto il servo prima del testatore, si debba il prezzo di lui all' erede legittimo o sostituito. Io credo però non essere questo vero; poichè, *se fosse morto dopo il testatore* (si heres esset), sarebbe anche divenuto libero. Ulpiano, che giudica *ex postfacto,* trova che, essendo morto il testatore senza revocare la sua disposizione, il servo era quasi potenzialmente libero durante la vita di esso.

(1) *Labeo,* 2, p. 56: contra *Sachbeschädigungen,* p. 66.

(2) PERNICE, l. c., p. 56-7 n. Il WINDSCHEID, *Lehrbuch,* II^5, 711 n., non troverebbe difficile accordare il passo di Ulpiano con la dottrina accennata.

(3) *Pandekten,* 2ª ed., II, 808, n. 12.

unmittelbar geschienen haben, während sie der Auctor der l. 8 § 1 vielleicht für eine *directa* begutachtet hätte ». Non crederei: Ulpiano accentua l' omissione, il ***non fecit.*** Mi pare che anche il nostro Pampaloni convenga in fondo nell' ammettere in questo passo un tentativo ulpianeo di estendere l' efficacia dell' azione (1). Si noti ancora come Gaio nel fr. 8 pr. faccia il caso del medico, « qui bene secuerit » e poi trascuri l' ammalato; Ulpiano (Coll. 17, 7, 7) dice invece: « si hominem medicus recte secuerit, sed neglegenter vel ipse vel *alius* curaverit ». Ed a questo caso pure risulta dal contesto che Ulpiano voleva estendere l' utile azione ex l. A.

Il fr. 27 § 17 richiede diverse osservazioni.

Il nostro Pampaloni (2) nell'arguto lavoro già citato arreca questo passo insieme al fr. 24 h. t. per dimostrare contro il Pernice la tesi che — almeno secondo il diritto classico — pel terzo capitolo della legge il danno diretto si valutasse riferendosi per una parte al valore di scambio più basso che la cosa avesse assunto dopo ed in conseguenza del danneggiamento, e per l'altra parte al valore di scambio più elevato che avesse avuto la cosa entro un mese. Io divido completamente l'avviso del Pampaloni; ed infatti si potrebbe difficilmente pensare diverso davanti al fr. 24 h. t. Ma questo frammento 27 non crederei che possa giovare molto in tale questione. Il Pampaloni (3) dice: « Avvenuto il danno, per minimo che fosse, dovrebbe darsi, secondo il Pernice, la stima del servo. Invece si aspetta l'evento; e, se l'evento rivela che vi sono soltanto dei danni indiretti, la stima si limita a questi ».

A me non pare che sia questo precisamente il senso del paragrafo. Ulpiano ragiona così: Perchè abbia luogo l' actio legis Aquiliae, non basta il mero fatto del danneggiamento, occorre anche il danno effettivo: ***rupisse*** eum utique accipiemus, qui vulneraverit ... ***sed ita demum, si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat.*** Danno effettivo, aggiunge, vi è però non

———

(1) *Arch.* cit., p. 393, 400.
(2) L. c., p. 405 sgg.
(3) L. c., p. 405.

solo quando il servo in forza della ferita rimane deprezzato, ma anche quando la sua guarigione (sia pure perfetta e tale da non lasciare traccia alcuna) esiga spese. Ora, qui Ulpiano non si preoccupa punto della questione di sapere a quanto ammonterà la condanna; ma semplicemente di quella se la azione aquiliana avrà, o no, luogo. E, per risolverla, non occorrerà sapere a quanto il danno ammonti, ma solo se danno v' è realmente stato: *Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur.* Nè in quell' opinione si vorrà trovare una innovazione di Ulpiano.

A me sembra poi che la dottrina del Pampaloni sulla valutazione del danno giusta il capitolo terzo della legge Aquilia trovi una conferma molto opportuna ne' bizantini.

Alle parole del fr. 11 § 3 'teneri ... quasi vulneraverit' lo scoliaste (1) annota:

τῷ ἀκουϊλίῳ εἰς ὅσον χείρονα ἐποίησεν καὶ οὐκ εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεται τὸ τίμημα = lege aquilia in tantum tenetur, quanti (servum) deteriorem fecit et non in solidum pretium.

Giovanni (Sifilino), scoliaste recenziore ma fra i più versati nella tradizione antica giuridica (2), scrive (3):

ἄλλως γὰρ καταδικάζεται τῷ ἀκουϊλίῳ τις ὡς φονεύσας, καὶ ἄλλως ὡς τραυματίσας. ἐκ μὲν γὰρ τοῦ προτέρου εἰς ὁλόκληρον καὶ τὴν ποινήν, ἐκ δὲ τοῦ δευτέρου εἰς τὴν ἀπόφλησιν τῆς ἐκ τοῦ τραύματος ζημίας.

aliter enim condemnatur quis lege aquilia ut occisor et aliter ut vulnerator: ex primo enim in solidum et in poenam; ex altero *in reparationem damni ex vulnere orti.*

Bellissimo è poi il commento al fr. 32 § 1 h. t. (4):

---

(1) Sch. τῷ ἀκουϊλίῳ Hb. V, 274; sch. *f* Fabr. VII, 75.

(2) Cfr. le mie osservazioni nell' *Archivio giuridico*, 33, 1884, 445. 448: [v. nel vol. I "Novella di Costantino Monomaco"]; ed anche quanto scrive il VALAORITIS nella Ἐφημερὶς τῆς ἑλληνικῆς καὶ γαλλικῆς νομολογίας, 5, pp. 336-340 nella dissertazione da lui preposta alla riproduzione di quel mio lavoro.

(3) Sch. Ἰωάννης, Bas. Hb. V, 279.

(4) Sch. Οἷον, Bas. Hb. V, 306.

οἷον εἰ τὸν δοῦλόν σου λ′ νν. τιμώμενον ἠλάττωσα, ὡς ἀξιοῦσθαι νῦν κ′ νν. καὶ μετὰ ί μῆνας τέλειον ἀνεῖλον, εἰ καὶ ἔφθασα δοῦναι τὰ νν. τῷ ἀκουϊλίῳ ἐναχθεὶς ... ἐναγόμενος δώσω πάλυ τὰ λ′.

ut si servum tuum triginta aureis dignum laesi, ut deinde viginti a. valeret, eumque post decem menses omnino interfeci, ***etiamsi iam decem aureos aquilia conventus persolverim... rursus conventus triginta solvam.***

Nel fr. 46 la voce ***aestimationem*** è nell' indice di Stefano resa per τὸ τῆς πληγῆς τοῦ οἰκέτου διαφέρον = vulneris servo inlati aestimationem (1).

Per le altre due citazioni non crediamo per ora necessaria una indagine speciale.

---

(1) Sch. τραυματισθέντος, Hb. V, 316; sch. *d* Fabr. VII, 109.

Ottaveno e le sue dottrine (*).

L'età in cui visse questo giureconsulto si può determinare con sufficiente precisione [1]. È certo ch'egli conobbe ed anzi interpretò il S. C. Pegasiano, come si rileva dal seguente passo:

Val. 3 fideic. D. 36, 1, 69 (67) pr.

Si postulante me suspectam hereditatem ex decreto praetoris adieris nec ego postea eam mihi restitui velim nec bonis me immiscere, hoc fieri debet, ut (quod Octaveno non ineleganter videbatur) a praetore perinde actiones in me dentur, ac si hereditatem recepissem: quod est iustius.

È innegabile, dunque, la conoscenza di quel senatoconsulto da parte di Ottaveno (cfr. G. 2, 258; Ulp. 25, 16); mentre la natura stessa della questione trattata, considerata insieme al fatto, che egli dovette essere il primo od uno de' primi a risolverla, dimostra che quel senatoconsulto era a' suoi tempi ancora recente. È incerto l'anno, in cui furono consoli Pegaso e Pusione (G. 2, 254): consta però che fu 'Vespasiani Augusti temporibus' (Inst. 2, 23, 5), talchè la data di quel senatoconsulto deve porsi fra il 70 e l'80 di Cr. Invece è altrettanto certo che Ottaveno non conobbe il senatoconsulto Giuvenziano, come a tutta evidenza appare dal D. 5, 3, 18 pr.:

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 20, 1887, pp. 332-359].

[1] Cfr. specialmente il KARLOWA, *Röm. RG.*, 1, 702. Le risultanze accetta anche il LANDUCCI nella sua *Storia*.

.... si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit.... Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri.

Ora, tale decisione non si concilia punto col testo di quel senatoconsulto (fr. 20 § 6 b.c ibid.):

Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: *eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Cfr. il commento di Ulpiano ib., § 17 e segg. Da questa distinzione fatta dal S. C. fra il possessore di buona e di mala fede viene naturale quell' opinione, che Ulpiano pone (fr. 18 pr.), quasi propria escogitazione, ad emendamento di quelle di Labeone e Ottaveno. Ora il senatoconsulto Giuvenziano fu votato il 14 marzo dell' anno 129 d. Cr., ai tempi di Adriano (fr. 20 § 6 ib.). Ottaveno fiorì, dunque, dopo Vespasiano e prima di Adriano, e si deve pertanto rivendicare al numeroso stuolo de' giureconsulti dell' età traianea. Cfr. pure le osservazioni che faremo poi a proposito del S. C. Dasumiano.

Più difficile è, invece, la ricerca concernente le opere scritte da lui. Ma qui pure mi sembra che le fonti ci porgano elementi sufficienti per risolverla. In primo luogo non si può negare che alcune delle opinioni sue, riferite da altri giureconsulti, sieno state originariamente esposte in forma di responsi. Si confronti, per es., questo passo tolto dal 7° libro delle *Epistulae* di Pomponio, D. 40, 4, 61, 2:

Hoc amplius Octavenus aiebat, si quis in testamento sub qualibet condicione libertate servo data ita scripsisset: « ante condicionem nolo eum ab herede liberum fieri », nihil valere hanc adiectionem.

Ora l' espressione « aiebat » non può riferirsi ad un' opinione espressa in qualche opera teoretica, ma allude chiaramente ad un avviso formulato in ripetuti consulti.

Si vegga ora il passo seguente, preso dal 1° libro di Pomponio *ex Plautio* (D. 40, 1, 13):

... si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato (scil. curatore) tradendum [1] servum, ut ab eo cui traditus [2] esset manumittatur, Octavenus ait.

È evidentemente una cautela suggerita a mo' di consulto; e ciò si conferma nel vedere questa opinione raccolta nella collezione plauziana (un avviso di Ottaveno deve attribuirsi a Plauzio stesso e non al commentatore Pomponio), che fu appunto una collezione di responsi. Non dalla natura intrinseca dell' espressa opinione, ma dalla sede in cui è posta, si può arguire lo stesso dell' opinione contenuta in D. 47, 2, 67, 1 = Paul. 7 *ad Plautium*: 'secundum Octaveni sententiam etc.'. Ove probabilmente 'sententia' è in senso stretto e tecnico (Pseudo-Teof. 1, 2, 9), indicante cioè una forma di responso. Non ad un responso, bensì a 'quaestio' e 'disputatio', di cui s' è conservata la memoria, rimanda invece il passo di Ulpiano l. 28 *ad Sabinum*, D. 40, 7, 9, 2:

Illud *tractatum* est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari: *et idem dicebat* et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: *nam* etc.

Ove e il 'tractatum est' e l' esposizione di casi analoghi e quella dei motivi punto convengono colla natura di un responso, mentre convengono benissimo con quella di una *quaestio*.

Lasciando ora da parte queste scarse reliquie di responsi e di questioni, che poterono benissimo conservarsi quantunque l'Autore non pensasse nè a raccoglierli nè a pubblicarli, è innegabile che la maggior parte delle citazioni di Ottaveno insegni chiaramente l' esistenza di una o più opere sue di ben diversa natura. Che egli pensasse a commentare l' editto del pretore, non può a mio avviso essere dubbio per vari argomenti.

---

[1] 'mancipandum'.

[2] 'mancipatus'.

I. Abbiamo di lui osservazioni attinenti alle più svariate materie edittali. Per es., all'*actio albi corrupti* (Paul. 3 ad Ed., D. 2, 1, 9); al compromesso arbitrale (Paul. 13 ad Ed., D. 4, 8, 32, 8); alla *hereditatis petitio* (Ulp. 15 ad Ed., D. 5, 3, 16 pr. 18 pr.); alla *intentio* della *rei vindicatio* (Paul. 6 ad Ed., D. 6, 1, 6); all'*actio legis Aquiliae* (Ulp. 18 ad Ed., D. 9, 2, 27, 25-27); alle azioni nossali (Paul. 18 ad Ed., D. 9, 4, 26, 5); al *periculum* nella compravendita (Paul. 33 ad Ed., D. 18, 6, 8 pr.); all'*exc.º rei religiosae* (Marc. ad form. hyp., D. 20, 3, 1, 2).

II. Si noti pure come tali osservazioni stiano in commentarii all' Editto: segno evidente che avevano con questo una speciale attinenza. Nè fa eccezione l' ultimo passo citato: un commento « ad formulam hypothecariam » non era che un frammento, una particella di un commento edittale [1].

III. Queste osservazioni hanno quasi tutte carattere strettamente esegetico: ciò che viemmeglio conferma la natura congetturata dello scritto. L'osservazione che anche nel caso di albo corrotto si debba 'succurrere domino', quando 'familia alicuius album corruperit', nonostante il silenzio dell' Editto, assai probabilmente si riferiva al commento della formula, che ora noi non possiamo più con certezza ricostruire: quella relativa al servo 'qui compromiserit' si rannoda strettamente alle parole edittali 'eum sententiam dicere *cogam*'; quelle sulla petitio hereditatis all' esegesi della formula e cioè alle parole 'quidquid N. N.... *possidet*' (fr. 16 pr. h. t.) e 'si.... *id* non restituetur' (fr. 18 pr. h. t.) [2]: quella sulla intentio nella rei vind.º è così evidentemente intesa alla spiegazione della 'ea res qua de agitur' della formula, che non giova insistere. Il parere riferito in D. 9, 4, 26, 5 appartiene [3] all' interpretazione dell' Editto 'iudicium dabo sine noxae deditione' (fr. 21

---

[1] Il *liber sing. de f. h.* di MARCIANO è fra quelli della 'massa sabiniana' e ciò coincide colla sorte toccata ai 'libri medii' dei commentarii edittali.

[2] Rispetto alla formula cfr. ora LENEL, *E. P.*, pp. 139-140 [3.ª ed., 177 sgg.].

[3] Delle opinioni relative all' actio legis Aquiliae qui si tace, per le ragioni che più avanti si diranno.

§ 2 ibid.); e assai verisimilmente quello contenuto in D. 18, 6, 8 pr. si riferisce alla demonstratio nell' actio ex vendito.

IV. In gran parte quelle citazioni derivano dal commentario di Pomponio all' Editto e sono a loro volta in istretto rapporto col commento edittale di Labeone:

D. 2, 1, 9: Octavenus.... idem *Pomponius* libro decimo [1] notat.

D. 5, 3, 16 pr.: secundum Octaveni sententiam, ut *apud Pomponium* scriptum est.

D. 5, 3, 18 pr.: *Labeo* putat.... sed Octavenus....

D. 7, 8, 12, 6: ita *Labeo*.... idem tamen *Labeo*.... idem et Octavenus probat.

D. 18, 6, 8 pr.: Octavenus.... idem *Pomponius* libro nono probat.

D. 9, 4, 26, 5: ut *Labeo* ait: Octavenus....

E tanto l' una che l' altra cosa confermano quanto abbiamo osservato [2].

Ma [3] non si possono ricondurre tutte ad un commentario all' Editto le citazioni conservateci di Ottaveno. Hanno bensì in gran parte lo stesso carattere esegetico, ma si riferiscono a ben altre fonti, che l' Editto non sia. Già da tempo si vide [4] come dovesse commentare la legge Giulia e Papia Poppea. Difatti le parole del fr. 43 § 3 de R. N. (23, 2): ' Octavenus tamen rectissime ait etc. ' sono ben chiaramente una illustrazione del testo di quella legge, e spiegano il ' quaestum palam facere ' in essa menzionato. Le parole della legge « cuiusve pater materve artem ludicram fecit fecerit » sono da Ottaveno (fr. 44 § 3 ibid.) commentate così:

---

[1] Cioè *ad Edictum*.

[2] In genere, poi, Pomponio deve stimarsi il miglior conoscitore di Ottaveno, come degli altri giureconsulti dell' età traianea. Cfr. oltre i passi arrecati: *Pomp.* 3 ad Sab. (D. 30, 9), *Pomp.* 10 Epistul. (D. 19, 1, 55), *Pomp.* 11 Epistul. (D. 40, 4, 61, 2) e *Pomp.* 8 Epist. (40, 5, 20). Taccio invece (cfr. *supra*) di D. 40, 1, 13 = *Pomp.* 1 ex Pl. Già il VOIGT, *Die Lehre des ius nat.*, 1, 618 sg., aveva notato questo, benchè ne traesse conseguenze non affatto probabili.

[3] Strano mi pare che le vestigia de' commenti di Ottaveno *ad edictum* sieno sfuggite al diligente KARLOWA, *Röm. RG.*, 1, 702.

[4] Per es. ZIMMERN, *Gesch. des r. Privatrechts*, 1, 111. 332; RUDORFF, *Röm. RG.*, 1, 184.

iustum patrem *intellegendum* Octavenus ait: matrem, etiam si vulgo conceperit.

E non ad altro, fuorchè ad un commento esegetico della legge stessa, può riferirsi la citazione che d'Ottaveno fa Terenzio Clemente nel suo ottavo libro *ad legem Iuliam et Papiam* (D. 40, 9, 32, 2):

idem Octavenus probat et adicit: *obligare sibi libertum, ut mercedem operarum capiat* (¹), is intellegitur, qui hoc solum agit, ut utique mercedem capiat, etiamsi sub titulo operarum eam stipulatus fuerit.

Si aggiungano varie osservazioni in materia di manomissioni e di schiavitù (D. 40, 5, 20; fragm. Dosith., 12) che si ricondurrebbero bene ad un commento alla legge Giunia Norbana e forse all'Elia Senzia: la citazione in D. 36, 1, 69 (67) pr. sembra proprio riferirsi ad un commento al S. C. Pegasiano: nelle due opinioni strettamente connesse e riferite entrambe da Pomponio 10 *Epistul.* = D. 19, 1, 55 e 3 *ad Sab.* = D. 30, 9 si può trovare traccia di una trattazione della captivitas e del ius postliminii; argomento questo, che nell'età classica è di solito unito a' commentarii ad *legem Corneliam*.

Che dovremo concludere? Una serie di lavori esegetici all'Editto e a varie leggi e senatoconsulti, tutti staccati e indipendenti, non è gran fatto verosimile. Non è verosimile per la ragione, omai posta in bellissima evidenza dal Krüger (²), che di regola l'esegesi dell'Editto e delle principali leggi e senatoconsulti relativi al gius privato solevano costituire un solo lavoro: i 'Digesta'. A questa categoria di lavori giuridici, ch'ebbero il loro punto culminante nei *Digesta* di Salvio Giuliano, non si può a mio avviso negare che l'opera di Ottaveno appartenesse, e che per conseguenza questa fosse una opera vasta, a cui si debbano riferire tutte le citazioni che troviamo ne' Digesti, ad eccezione di quelle poche, che già da principio abbiamo noi stessi distinte. Infatti non so immaginare altro modo fuori di questo, semplicissimo del resto e

---

(¹) Queste erano le parole usate dalla legge: cfr. anche § 1 ibid.
(²) *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 7, 2, pp. 94-106.

ben naturale, per accordare insieme tutte quelle reliquie in modo conforme al loro contenuto [1]. E notisi che tale spiegazione, che s' impone necessariamente a chi raccolga e confronti con la dovuta diligenza i pochi materiali rimasti, riesce plausibile anche sotto molti aspetti. Poichè nell' età traianea cominciò appunto questo genere letterario (Aristone), che sotto Adriano ed i suoi successori divenne una delle forme più consuete. Talchè ben possiamo ritenere che anche le illustrazioni di Ottaveno, relative all'azione ex lege Aquilia, non si riferissero al commento delle formule proposte dal pretore, ma bensì a un vero commento alla legge fatto nella seconda parte dell'opera, com'è anche ne' Digesti di Salvio Giuliano.

Ora potremo procedere all'esame delle opinioni di Ottaveno per determinare, approssimativamente almeno, il posto che gli compete nella letteratura giuridica romana.

La dottrina, in cui ci avanza maggior copia di opinioni sue, è quella concernente la condizione dei servi e le manomissioni. E non può esser mero caso, se su 24 citazioni di Ottaveno ben *nove* riguardano direttamente questa materia e *tre* indirettamente. Vuol dire questo, se non erro, che in questa parte egli s'era acquistato una competenza e autorità particolare.

E se, in genere, era alieno dalle tendenze de' giureconsulti romani quello che presso noi si dice con una frase poco elegante 'lo specializzarsi della scienza', non si può in alcun modo negare che taluni di essi a preferenza e con miglior fortuna coltivassero alcune parti: son noti, per es., gli incrementi che la dottrina delle obbligazioni deve a Sesto Pedio, quella del diritto di famiglia a Prisco Fulcinio.

1. La sentenza contenuta in D. 4, 8, 32, 8: « si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec, si dixerit, poenae exsecutionem dandam de peculio putat Octavenus » è una conseguenza abbastanza semplice della incapa-

---

[1] Il KARLOWA, *loc. cit.*, fu indotto a sospettare 'dass auch Octavenus ein Werk allgemeinerer Bedeutung geschrieben habe'; ma non poteva cogliér nel vero, perchè non erano ancora pubblicate le ricerche del KRÜGER sul sistema dei Digesti, e in generale poi non aveva visto le traccie di commenti all' Editto.

cità del servo a stare in giudizio, giacchè « compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur » (Paul. 2 ad Ed., l. 1 h. t.) (1). Tuttavia merita considerazione il modo quasi dubitativo (putat), con cui Ottaveno avrebbe esposto tale avviso, e parrebbe che la tendenza della giurisprudenza nell'età traianea fosse contraria: cosa punto strana, ove si consideri che appunto in quel tempo si fecero le concessioni più larghe a questo proposito e, se addirittura non sorse, certo si stabilì e diffuse la dottrina della obbligazione naturale, in cui incorre il servo: dottrina questa, che senza dubbio contiene un aliquale riconoscimento della sua personalità. E finalmente merita di essere ricordato come la dottrina della 'arbitrii receptio' fosse da' giureconsulti dell'età di Ottaveno in molti punti elaborata: Sesto Pedio (fr. 7 pr.; 13 § 2; 32 §§ 16 e 20 h. t.), Viviano (fr. 21 § 11 h. t.), Aristone (fr. 40 h. t.), Giavoleno (fr. 39 h. t.).

2. D. 46, 4, 8, 1: servus communis sicut uni ex dominis stipulari potest, ita etiam acceptum rogare uni ex dominis potest eumque in solidum liberat: et ita Octavenus putat.

Questa osservazione, presa isolatamente, non ha grandissima importanza. Il caso di un 'servus communis' (come pure quello di un servo, di cui la proprietà e l'usufrutto appartenevano a diverse persone) fu quello che meglio cooperò al riconoscimento di una volontà autonoma nello schiavo (2). Questa, dunque, non è che una particolare applicazione di un principio, il cui riconoscimento rimonta ben addietro nella giu-

---

(1) Meno dubitativamente e molto prima era stata trattata e risolta la questione se si potesse 'in servum compromittere'. Cfr. fr. 7 pr. h. t. Anzi il bisogno che provò Pedio di accentuare " parvi referre ingenuus quis an libertinus sit, integrae famae quis sit arbiter an ignominiosus „ (*loc. cit.*), dimostra che la questione aveva un interesse più teorico che pratico: niuno avrebbe compromesso in persona non autorevole e tanto meno in un servo. Colgo qui l'occasione per avvertire come le linee principali di una completa teoria del compromesso si devano a Labeone, la cui autorità fa capolino in quasi tutti i frammenti di questo titolo: i giuristi repubblicani si occuparono soprattutto del *termine* nel compromesso (cfr. Pomp. 11 *ad Quintum Mucium*, fr. 14 h. t.; *Servio*, in fr. 40 h. t.; *Alfeno*, 7 dig., fr. 50 h. t.); di Ofilio e Trebazio si ricordano responsi (fr. 21 § 1) relativi alla forma della sentenza arbitrale.

(2) Cfr. PERNICE, *Labeo*, 1, 120 sg.

risprudenza romana. Ed anzi Labeone ne aveva tratto conseguenze ancora più larghe e notevoli:

Accepto liberare servus communis *alterum ex dominis etiam ab altero domino* potest: id enim et Labeoni placuit. denique libro... pithanon scripsit, si a Primo domino Secundo socio (domino suo) stipulatus fuerit, posse Secundum accepto rogare et per acceptilationem Primum liberare, quem ipse obligaverat: sic fieri ut per unum atque eundem servum et constituatur et tollatur obligatio (fr. 8 § 2 ibid.).

La stessa giurisprudenza classica non andò oltre. È, quindi, singolare che Ulpiano riferisca prima la sentenza citata di Ottaveno e poi quella assai più larga del più antico Labeone: tale poco logica disposizione si deve all'uso da lui fatto con poco discernimento delle sue fonti mediate.

3. D. 2, 1, 9: ... Octavenus hic quoque (nel caso di albo corrotto) domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat.

La ragione, per cui i giureconsulti romani nel caso che 'alicuius familia album corruperit' non credevano di potere 'succurrere domino', è nota: 'quia plura facta intelleguntur'. Tale ragione è addotta esplicitamente da Paolo in questo stesso frammento: dalla chiusa di esso appare che così ragionava anche Pomponio, e da D. 47, 10, 34 si vede che tale dottrina era pur quella di Gaio. Ora, è necessario esaminare il vero significato di tale argomento e la ragione per cui Ottaveno non sembra esserne preoccupato. 'Plura facta', rigorosamente parlando, si hanno, secondo il concetto dell'antica giurisprudenza romana, in ogni delitto consumato da più coautori. È questo anzi il precipuo argomento, di cui si valse in origine la giurisprudenza per applicare ad ogni coautore la pena del delitto consumato: in altri termini essa, 'pro utilitate communi' e *perchè non rimanessero impuniti i malefici*, supponeva che tutti e singoli avessero consumato l'intero delitto. Tale è la dottrina dei *veteres* accettata ed esposta dallo stesso Salvio Giuliano in D. 9, 2, 51, 2:

cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, *quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

Quest'ultima osservazione riesce un po' strana a noi moderni (e già forse dovette riuscir tale alla scuola papinianea, come ora vedremo). Noi siamo abituati a concepire diversamente le cose: non abbiamo bisogno di supporre che il delitto sia stato tante volte commesso, quanti sono i coautori, per poterlo a tutti individualmente addebitare [1]: un delitto può essere, pur rimanendo sempre *unico*, commesso tanto da una quanto da più persone: la pluralità de' soggetti non distrugge l'unità del reato. A questo modo di vedere inclinò negli ultimi tempi anche la giurisprudenza romana, come — a mio avviso — appare dall' interessantissimo frammento D. 47, 2, 21 del libro quarantesimo di Ulpiano [2] *ad Sabinum.* Mi si conceda di riassumere il contesto di questo frammento, il che è necessario alla retta intelligenza di quanto sto per dire. La questione che in esso Sabino, seguendo i *veteres,* si propone, è se colui, che ha asportato parte di una cosa, possa reputarsi colpevole di furto della cosa intera. La risposta è affermativa per il caso che l'asportazione di parte della cosa implichi contrettazione della cosa intera, ciò che è escluso, per es., se parte della cosa apparteneva al ladro e non era diventata porzione integrante della cosa rubata o se il ladro non avrebbe

---

[1] Per il diritto romano (anche classico; cfr. D. 47, 2, 21, 9 con la spiegazione che siamo per soggiungere), ' esecuzione parziale di un delitto ' non c' è. Se gli atti esecutivi intrapresi bastano a costituire una infrazione dell' ordine giuridico, avremo un *reato consumato,* benchè di minor gravità di quello a cui il colpevole tendeva. Altrimenti non s' avrebbe che un *mero tentativo* non punibile per il diritto romano. Questo concetto ha tenuto fermo il diritto romano anche nel caso di reato commesso da più persone. E quando più tardi la giurisprudenza si elevò a concepire l' unità del reato con pluralità di soggetti, respinse energicamente l' idea di una esecuzione parziale da parte dei singoli (pro parte fecisse singulos). Si avrebbe così una figura penale da potersi contrapporre all' obbligazione correale del diritto privato, quale almeno dall' opinione prevalente viene intesa. Alcune buone osservazioni hanno l' UNGER, *Jahrbücher für Dogmatik*, 22, 286 seg. e PERNICE, *Ztschr. für HR.*, 33, 439 sg. (dell' estratto, p. 7 sg.).

[2] Non di Paolo, come ha in prima scrittura la Fiorentina.

potuto asportare più di quanto effettivamente ha asportato; giacchè *contrettazione* non è supponibile che fin là dove arriva la possibilità almeno di occupare e di disporre. Premessa tale osservazione, veniamo all' esegesi del passo, in cui purtroppo — secondo le nostre Pandette — i pensieri sabiniani s' intrecciano confusamente con le osservazioni ulpianee e solo un attento esame può insegnare a distinguere con sufficiente esattezza gli uni dalle altre.

Il primo caso è che taluno da un mucchio di grano o da un dolio di vino porti via una parte del grano o del vino. Sabino accetta l' opinione affermativa di Ofilio e Trebazio, che aveva osservato 'qui aurem alicuius tetigit — totum eum videri tetigisse': dunque « non tantum eius quod abstulit, verum totius videtur fur esse ». L' opposta conclusione « sed verum est in tantum eos furti actione teneri, in quantum abstulerunt » è naturalmente aggiunta ulpianea: essa non concorda affatto nè con quanto precede nè con quanto segue. Come affermazione sabiniana sarebbe inconcepibile, mentre si spiega benissimo come osservazione del commentatore, il quale alla giurisprudenza antica contrappone la prassi del suo tempo (1). Non si deve però credere, continua Sabino, che, se taluno contretti le cose contenute in un armadio e venga colto sul fatto mentre asporta alcune di esse, sia ladro manifesto di tutte. Sarà ladro manifesto di quelle con le quali fu colto, non manifesto delle altre. Questo ragionamento di Sabino è evidente (2): con la prima contrettazione il furto è consumato. e le successive contrettazioni non vengono ordinariamente in considerazione. Però, finchè il ladro ha portato la cosa *quo destinaverat*, è esposto al pericolo di diventare 'manifesto', se colto con essa. Ora qui vien colto

(1) Ecco un parallelo chiarissimo, dove i compilatori hanno in luogo della decisione di Sabino riferito quella contraria di Ulpiano, la quale si inizia pure, come qui, col " verum est ": fr. 25 pr. h. t.: *Verum est* quod plerique probant fundi furti agi non posse (Ulp. 51 ad Sab.). Sabino, com' è noto, ha sostenuto la tesi contraria: Gell. N. A. 11, 18, 13. Per tale uso del 'verum est' in Ulpiano, che può condurre a discernere le sue idee da quelle degli autori da lui riferiti e commentati, vedi pure fr. 46 § 8 h. t.

(2) Mi si perdoni se insisto tanto sull'esegesi di questo passo, che non s'attiene direttamente all' argomento di questo scritto. Mi par necessario non lasciare alcun malinteso.

con una cosa, che è già divisa e tolta dal tutto e che quindi forma ormai un ente a sè: la qualifica di 'manifesto' non può colpire che il furto di questa cosa, giacchè *in questo caso eccezionalmente si tien conto della successiva contrettazione; da essa sorge il furto manifesto che, come più grave, assorbe il furto non manifesto anteriormente consumato*. Abbiamo, dunque, che per una parte della cosa il furto prende vita dalla prima contrettazione, per l'altra parte da quella contrettazione successiva, in cui il ladro fu colto sul fatto: e così esso può essere 'eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur'. Il § 1, che segue, ha un nesso immediato con la stessa questione, benchè non tale da apparire ad uno sguardo superficiale:

Si is, qui viginti nummorum saccum deposuisset, alium saccum, in quo scit triginta esse, errante eo qui dabat acceperit, putavit autem illic sua viginti esse, teneri furti decem nomine placet.

Se io ho depositato una borsa contenente venti e ricevo scientemente dal depositario altra borsa contenente trenta, niun dubbio che io sia ladro dell'intera somma, purchè mi sia noto che in quel danaro non entra quello depositato da me; poichè, essendo il depositario tenuto a rendere le *specie*, non una di quelle monete mi appartiene. Ma diverso sarebbe il caso, se poniamo che quella borsa fosse realmente la mia, in cui per errore (ma per altro a mia saputa) fossero stati messi altri dieci. Io non sarei reo di furto che di questi: giacchè questi soli mi approprierei, questi soli *contretterei*, e quindi la regola che chi s'impadronisce di parte della cosa commette furto dell'intera non s'estende a qnesta fattispecie: la regola vale quando l'appropriarsi di una parte coinvolga contrettazione del tutto, e contrettazione non può di regola cadere sulla propria cosa. Lo stesso dicasi nel caso che la borsa resa non fosse la mia, ma io, pur sapendo che conteneva trenta, opinassi che contenesse *i miei venti*. Giacchè qui pure non si può dire che questi 20 sieno stati *contrettati*: quando si discorre di contrettazione s'intende sempre parlare di quella posta in essere con criminosa intenzione.

Il § successivo (2) è invece qui intruso male a proposito: non si riferisce al testo sabiniano, ma al commento, come appare anche dalla citazione di Pomponio, e poi termina con un

enigmatico ‘ idem Ulpianus ’. Decisivo è poi che solo al § 3 si riprende il discorso lasciato interrotto al § 1. Si deve pertanto ritenere che nell’ origine si riferisse a qualche argomento trattato *per incidens* dal commentatore e di cui più non possiamo restituire con sicurezza il nesso, troncato dai giustinianei, o che appartenesse a tutt’altro luogo e qui migrasse per inavvertenza.

Il § 3, continuando, come già dicevamo, l’ argomento del § 1, fa il caso che taluno si tolga due borse di denaro, di cui una reputi sua : si risponde naturalmente che il furto si restringe all’altra, per la ragione che contrettazione vera non vi ha che di una sola, e il fatto di averle prese insieme non fa sì che il furto consumato sull’una si comunichi all’ altra. Ma diversamente [1] bisogna discorrere ove si rubi una tazza avente un’ansa già appartenente al ladro o che questi almeno reputi sua. Qui si dice esservi furto dell’intero ‘ poculum ’ e quindi anche dell’ ansa. La ragione si è che, finchè l’ ansa rimane unita al poculum, perde la sua esistenza autonoma diventando parte integrante della cosa principale. Il dominio del ladro (dato anche che veramente sua fosse l’ ansa) non sarebbe che potenziale: la contrettazione cade così sulla cosa intera.

Se taluno (§ 5) da una cisterna o da una nave vinaria [2] toglie e si porta via parte del vino contenutovi è reo di furto dell’intero ? Sabino dovette rispondere affermativamente ; però a noi non è conservata che la conclusione, a cui Ulpiano nel suo commentario perveniva : ‘ et magis est ut et hic non totius dicamus ’. ‘ Et hic ’: cioè come Ulpiano (non Sabino) aveva deciso per il caso analogo discusso nel principio del frammento. Ma non così (continua Sabino, § 6) deve dirsi se un ladro s’introduce in una cantina ove sianvi molte anfore di vino e di alcune s’ impossessa . Infatti qui non si tratta di ‘ parte della cosa ’, che il ladro usurpi : sono molti enti distinti e l’usurpazione di alcuni non coinvolge contrettazione di tutti. E, se taluno entrasse, sia pure con intenzione di rubare, nella can-

---

[1] Questo § 4 appartiene al commento, ma è lucidissimo il nesso che ha col testo.

[2] In cui il vino non si trasportava in botti, ma si versava in cavità a ciò destinate, come per il trasporto de’ liquidi suolsi talvolta praticare anche ai nostri giorni.

tina o in altro luogo (§ 7), in cui siano accumulate merci, e nessuna poi toccasse, non sarebbe ancor ladro, giacchè l'entrare semplicemente nel luogo, ove le merci son raccolte, ancora non costituisce contrettazione. Benchè si tratti però di enti distinti ([1]), se essi sono tutti racchiusi in un solo involucro, lo scioglimento dell'involucro e l'asportazione di alcuni *costituisce contrettazione di tutti* e quindi *furto dell'intero involucro*, giacchè si possono considerare come formanti una cosa sola, *purchè l'involucro sia tale, che il ladro l'avrebbe potuto tutto asportare*. È principio, infatti, generale che la contrettazione, per essere efficace di delitto, presuppone la possibilità che il ladro s'impadronisca dell'oggetto; fin dove arriva questa possibilità arriva anche la contrettazione criminosa, e non oltre: dove c'è la naturale impotenza, non c'è seria offesa dei diritti del *dominus*, non c'è oggettiva infrazione dell'ordine giuridico. Così si tenesse fermo questo canone, che in diritto penale romano ha sì varie e sì cospicue applicazioni! Se per es. uno non può asportare un'intera massa e ne toglie quindi quanto può portarne per impossessarsene, il suo furto a questa parte si restringe. A tale principio, così logicamente fin qui condotto e applicato da Sabino, vi ha una notevolissima eccezione, che s'era imposta (come già il passo citato di Giuliano, che ora meglio verrà chiarito, insegnava) ‘ pro utilitate communi ’ (§ 9):

Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri, *quamvis id contrectare nec tollere solus posset* ([2])....

Rigorosamente, secondo l'antica giurisprudenza che non s'era elevata ancora a concepire unità di reato con pluralità di subbietti, qui non si sarebbe potuto punire nessuno. Giacchè, preso ciascuno individualmente, nessuno aveva contrettato la trave e, quindi, nessuno commesso furto. Eppure tutti si ritengono colpevoli di furto dell'intera trave. L'osservazione, che vien dopo: ‘ neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse

---

([1]) Questo è il concetto sottinteso, che costituisce il passaggio dal § 7 al § 8.

([2]) Ecco come s'esprime ben chiaramente che la sola contrettazione criminosa è quella efficace.

singulos, *sed totius rei universos* ' è evidentemente di Ulpiano e rappresenta la giurisprudenza del tempo suo: infatti a ' potest dicere ' va sottinteso, secondo ogni verosimiglianza, *Sabinus*, e poi il concetto ' universos totius rei furtum facere ' è il più discosto che si possa immaginare dal ragionamento sabiniano: questo non conduce punto a stabilire che *tutti insieme hanno commesso furto della cosa intera*, ma che ciascuno individualmente è reo di furto della cosa intera, e che tanti sono i furti, quante le persone dei ladri.

Questa differenza, forse non ancora avvertita, tra la vecchia e la nuova giurisprudenza, si rispecchia pure nella diversa importanza, che nell'una e nell'altra si dà al *consilium*, ossia alla compartecipazione dell'intento criminoso. È molto dubbio, a mio avviso, se in origine la giurisprudenza romana esigesse ne' vari colpevoli, che direttamente avevano cooperato alla consumazione di un certo evento criminoso, la consapevolezza reciproca ed il comune accordo, per punirli come coautori. Ed era perfettamente logico il non tener conto (o almeno il tenerne poco) di un requisito che a noi sembra così naturale, in una dottrina che ammetteva la ' pluralità di delitti ' anzichè la ' pluralità de' soggetti in un delitto solo '. Giuliano — come ho tentato di dimostrare altrove (1) — non ha difficoltà ad ap-

(1) [Cfr. lo studio precedente (p. 95 sgg.)]. Riguardo a Ulpiano, D. 9, 2, 11, 2: *sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait*, il Castellari opina (*Arch. giur.*, 33, 355) che il giureconsulto avesse sotto gli occhi quel passo di Giuliano, ch'è contenuto nel fr. 51 § 1. La cosa è probabile, ma non certa, giacchè ivi Giuliano non fa che richiamarsi all'*auctoritas veterum*, mentre è da credersi che, in qualche punto dell'86° libro digestorum non pervenuto fino a noi, Giuliano trattasse la questione ex professo. Ciò che non si può porre in dubbio è che ivi Ulpiano ha davanti agli occhi il libro 86° dig. di Giuliano. Affatto da riprovarsi è poi il modo, con cui il Castellari vuol conciliare il fr. 11 § 2 col fr. 15 § 1 e col fr. 51 h. t.: che del resto è la conciliazione antica che ormai, tranne qualche eccezione, si va sempre più abbandonando. Dire che nel fr. 51 si accenni a un caso di *ferita certamente mortale* a differenza che negli altri, non è punto giustificato dai testi, e vi osta poi il riflesso che i Romani assai difficilmente stabilirono il criterio dell'assoluta letalità delle ferite. Il fr. 11 § 3 dice: " si alius mortifero *vulnere* percusserit, alius postea exanimaverit "; il fr. 15 § 1: " si servus vulneratus mortifere postea ... *maturius*

plicare i principii della correità al seguente caso (D. 9, 2, 51 pr.):

si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerit, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

Giuliano decide così in opposizione ad altri contemporanei (fr. 11 § 3 h. t.), e le ragioni addotte a sostegno della sua opinione sono appunto tolte dalle decisioni dei *veteres* intorno a' delitti commessi da più persone. E mirabilmente s' illustra il pensiero giulianeo, ove si confronti la difforme decisione, ch'egli dà nella specie, in cui ' servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu (casuale) maturius perierit ' [1]. Ora tra il primo che ' mortiferum vulnus inflixerit ' e il secondo, che più tardi ' eundem percusserit ', non c' era veruna unità d' intento criminoso, nessun accordo: ciascuno aveva agito per conto proprio. La giurisprudenza classica seguì altre vie, ma intanto sembra che la posizione dell' antica possa formularsi così: « Se più persone hanno col loro agire criminoso direttamente cooperato (con o senza reciproco accordo) al medesimo effetto, s' intende che ciascuna di esse abbia individualmente consumato quel delitto, a cui quell' effetto corrisponde ». Una

---

perierit „; il fr. 51 pr.: " si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, *ut maturius interficeretur* „. Le frasi son dunque — si può dire — le medesime in tutti e tre i passi, e davanti a tale consonanza non può importar molto che Giuliano nelle osservazioni preliminari all' ultima decisione esprima la fattispecie così: " ita vulneratus est servus ut eo ictu *certum esset moriturum* „. Questa non è che una parafrasi in luogo di *mortifere vulneratus*: tant' è vero che poi Giuliano usa come equipollente questa frase. Non ha dunque a vedere con ciò quanto si dice nel seguito del fr. 15 § 1. Ivi si osserva che, se un servo è mortalmente ferito e poi, manomesso, viene a morire, il feritore è tenuto *de occiso;* esso è la causa efficiente della morte. Se, invece, al servo ferito mortalmente casca sul capo una torre, che lo fa morire sul colpo, non si può dire lo stesso: " non est passa ruina apparere an sit occisus „. Che se poi un servo, mortalmente ferito, è da un altro con una seconda ferita messo a morte, secondo Giuliano, avendosi due cause imputabili, devonsi applicare i principii dei *veteres* in caso di complicità. Questa è l'opinione *meno probabile* a cui allude il fr. 11 § 3 h. t., ove si arrecano le opinioni contrarie di Celso e Marcello.

[1] Fr. 15 § 1 h. t.

potentissima conferma riceve questa nostra conclusione dai principii dell' antica giurisprudenza in materia di mera complicità. In origine, non solo pare che non si richiedesse l' accordo per trattare alcuno come complice, ma neppure che si richiedesse in costui lo stesso ' animo ' che si richiedeva nel reo principale. Nel famoso esempio di colui [1] ' qui panno rubro fugavit armentum ' o dell' altro ' qui mulionem dolo malo in ius vocasset ' [2], non ci è punto detto che i *veteres* ritenessero in costoro l' intenzione di aiutare il furto degli abigei: appare piuttosto il contrario da ciò, che ci vien ricordato da Labeone [3] come colui che fece la distinzione se il *fugator* dell' armento avesse davvero l' intenzione di coadiuvare il furto o solo quella di recare danno e far dispetto al proprietario, nel qual caso propose un' azione *in factum*. Ma, anche quando si ammise dover essere l' *animus* del complice rivolto al fine stesso dell' autore principale [4], non si ritenne punto necessario l' accordo. Tizio, per es., sapeva che taluni ladri s' aggiravano pel paese: con la speranza di recar un danno a Sempronio, con cui nutriva rancori, poneva in fuga l' armento di costui, contando sulla probabilità che in mano a que' ladri cadesse: tanto bastava perchè, avveratesi tali maligne previsioni, Tizio si ritenesse complice dei ladri, coi quali niun concerto aveva preso: cfr. Dig. 47, 2, 36 pr.:

.... si alius ei (servo) fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit.

G. 3, 202:

in quo numero (cioè dei complici) est qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, vel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves ant boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet.

---

(1) Gai. 3, 202.

(2) D. 47, 2, 67 (66), 2.

(3) D. 47, 2, 50, 4.

(4) Cfr. Paolo in D. 50, 16, 53, 2: ' sane post veterum auctoritatem *eo perventum est*, ut nemo ope videatur fecisse, *nisi et consilium malignum habuerit* ': ' consilium malignum ', cioè di coadiuvare l'opera del reo principale.

Nè in un passo nè nell' altro s' accenna punto al requisito del reciproco accordo. Anzi, la necessità di tal requisito era così poco sentita, che Pomponio potè riprendere l' opinione de' più antichi e decidere, non senza trovar seguaci, nel modo seguente, questo caso. Tizio consiglia al servo di Caio di fuggire: in ciò egli non ha altra intenzione che quella di nuocere a Caio. Vuole la fortuna che il servo fuggitivo caschi in mano ai ladri: ebbene, conclude Pomponio, Tizio si deve *ex postfacto* ritener complice di questi: cfr. Ulp., fr. 36 pr. cit.:

plus (cioè oltre alle conseguenze già dette e da noi pure riferite) Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, *tunc tamen incipere teneri cum quis* [notisi l' espressione affatto indeterminata: neppure il malvagio prevedeva chi potesse essere] fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum (1).

Nel 1° caso si dice ' quasi .... furtum factum sit ': nel 2° ' quasi videatur .... furtum factum ': Pomponio non osa revocare senz' altro alla luce le idee de' vecchi, ma non dubita di applicare tuttora le stesse conseguenze in via analogica. Questa decisione pomponiana in materia di mera complicità offre un mirabile e finora inavvertito parallelo alla surriferita decisione giulianea (D. 9, 2, 51 pr.) in materia di reato consumato da più coautori.

La giurisprudenza romana non s' arrestò qui, come già si vede e come, meglio ancora, ciascuno leggendo le fonti può vedere. Si ammise, cioè, la possibilità di un ' unum factum ' o di un ' unum delictum ' con più soggetti; ma nè tale concetto rimase chiaro e costante, nè fu riconosciuto per tutti i delitti.

Pel furto commesso da più persone il concetto di ' unum factum ' si ammise più presto e più costantemente: tale è l'avviso di Paolo e di Pomponio. Nè, forse, furono estranee le disposizioni dell' Editto pretorio intorno al caso, che ' familia furtum fecisse dicatur '. Infatti, ordinandosi che bastasse pa-

---

(1) Cfr. l' altra decisione perfettamente consona, che si trova nel fr. 37 h. t. (Pomp. 19 ad Sab.), e che può appartenere tanto a Pomponio quanto a Sabino: " si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, *agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.*

gare una sola volta la pena pecuniaria « come se un'unica persona libera avesse quel furto commesso », si dava fondamento ad una dottrina che nel furto consumato da più coautori vedesse un delitto solo. Ma certo non furono tali idee che mossero il pretore a disporre così, nè sorsero subito tali dottrine: appare dal contesto chiarissimo che Ottaveno ancora punto non se ne preoccupava.

Pel ‘damnum iniuria datum’ da più persone Paolo nel nostro D. 2, 1, 9 inclina a vedere una pluralità di fatti; mentre Gaio non distingue fra questo reato e il furto: D. 9, 2, 32 pr.

Illud quaesitum est, an quod proconsul in furto observat quod a familia factum sit.... debeat et in actione damni iniuriae observari. sed magis visum est idem esse observandum, et merito: cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat eaque ratio similiter et in actionem damni iniuriae interveniat, sequitur, ut idem debeat aestimari.....

È noto il modo con cui Cuiacio tentava conciliare questi passi: modo sul quale egli insiste con singolare frequenza [1]. In ogni delitto, egli dice, commesso da più persone abbiamo *plura facta*. Se, però, si tratta di un furto commesso da più servi, si può in certo modo discorrere di ‘unum factum’, in quanto che l' Editto lo considera come tale. Ma tale ragione di simile appellazione non c'è per gli altri delitti, non pel ‘damnum iniuria datum’: ancorchè l' equità consigli di applicar qui le regole vigenti pel furto (D. 9, 2, 32 pr.), non si può legalmente parlare di *unum factum* (2, 1, 9). Ma basta leggere i due frammenti, per convincersi che non è questione di nomenclatura. Paolo discorre di ‘unum factum’ o ‘plura facta’, come di distinzione ricca di conseguenze: si confronti poi quello che Gaio (in accordo questa volta con Paolo) dice a proposito dell' ingiuria:

Paul. l. c. *plura facta* intelleguntur, quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt.

---

[1] *Rec. solemn. in h. t.* (ed. Neap. 7, 62); *in lib. III Pauli ad Edict.*, (ed. cit. 5, 33); *Observat.* 8, 20 (ed. cit., 3, 206).

Gai. D. 47, 10, 34: Si plures servi simul aliquem ceciderint aut convicium alicui fecerint, *singulorum proprium est maleleficium* et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. immo etiam *tot iniuriae sunt,* quot et personae iniuriam facentium.

Rispetto al caso, di cui ora ci occupiamo, tanto Paolo che Pomponio sono d' avviso non potersi discorrere di *unum factum,* se venga da più servi perpetrato, tranne che (e noi non discuteremo) « dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc *unum consilium* sit, non *plura facta* » (1). Sul merito di questa decisione non spetta ora a noi ragionare: si vegga, però, come a tutte queste controversie Ottaveno rimanesse estraneo. Ai suoi tempi ancora si vedevano sempre in ogni delitto commesso da più persone 'plura facta': la ragione, che lo muove ad applicare qui le regole del furto, non è l'unicità del delitto, ma la compassione che gli fa il padrone: « succurrendum domino » (2). Poco pratica dovette essere la questione certamente: qual padrone non avrebbe avuto la convenienza di consegnare tutti i servi coinvolti nel maleficio, anzichè pagare una sola volta la pena di mezzo milione di sesterzi?

4. D. 9, 4, 26, 5:

...si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis adversus te contestata est: ... Octavenus ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum, utique si aetas tua ea sit, ut ignosci tibi debeat.

Poniamo qui questo frammento, il contenuto del quale richiama assai quello del precedente. Del resto, non è una opinione nuova esposta da Ottaveno (essendo un' applicazione di

---

(1) *Consilium* qui è nel senso, in cui questa parola è usata anche da Saturnino, D. 48, 19, 16 pr. 'Unum consilium' è quindi 'unum factum' e a *plura facta* si contrappone. E allora sfuma tutto il ragionamento cuiaciano.

(2) Qui non v'era azione nossale: i servi indifesi venivano sottoposti ai tormenti (fr. 7 § 3 h. t.) e resi quindi al padrone in uno stato miserevole, seppure uscivano vivi. Chè non dovevano essere lieve cosa quei tormenti, che dovevano equiparare una multa di cinquecentomila sesterzi.

un principio generale): bensì semplice rettifica all'espressione troppo generica usata prima da Labeone nel suo commento all' Editto: modo di critica assai presto ed assai di frequente usato nelle opere dei giureconsulti romani.

5. D. 40, 7, 9, 2:

Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat (eum) liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt: libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest. quae sententia mihi videtur vera.

Ciò che qui Ulpiano arreca come sentenza di Ottaveno era già stato riconosciuto ed ammesso prima di lui. Il principio di questo frammento (fr. 9 pr. h. t., Ulp. 28 ad Sab.) « statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat: eapropter noxae dedi poterit » è — almeno nella sua sostanza — pertinente a Sabino. Cfr. infatti D. 9, 4, 15 (Gai. 6 ad ed. prov.): «... si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant tradendo servum, quia toto suo iure cederet: quod et verum est » [1]. La seconda parte, invece, concernente l' adempimento della *stipulatio* fu probabilmente stabilita per l'autorità di Ottaveno. La massima in essa riconosciuta è conseguenza naturale de' principii regolanti questa materia e poi già prima era stata ammessa in caso di *legatum per damnationem*: Ottaveno altro non avrebbe fatto che convalidare con la sua autorità l' applicazione alla obbligazione che dalla *stipulatio* deriva. Riprova questa notevolissima del processo consueto col quale le dottrine giuridiche romane si son venute creando: i giuristi non si proposero in origine l' intera teoria del pagamento nelle obbligazioni; ma studiarono come e con quale efficacia e con quali limiti si potesse adempire un' obbligazione nascente da legato, da delitto, da compravendita, da stipulazione, ecc. Si vegga infatti: Pomponio, che nelle sue *Epistulae*

---

[1] Cfr. pure Pomp. 18 *ad Quintum Mucium* (D. 40, 7, 29 pr.).

pende sì spesso dall' autorità di Ottaveno, al libro IX (D. 46, 3, 92 pr. § 1) scrive così: « Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quominus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non tenearis. Sed et si quis servum, quem dari promisit, heres a domino scriptus statuliberum dederit, liberatur » [1].

Con questo passo va unito strettamente l'altro preso pure dal libro nono delle *Epistulae* di Pomponio: D. 30, 46. Che in questi passi il nome di Ottaveno in origine dovesse trovarsi, appare chiarissimo da ciò che non solo il risultato, ma anche il ragionamento che vi conduce, è precisamente quello di Ottaveno, e che questo giureconsulto è da Pomponio in quell'opera frequentemente addotto.

6. Fr. Dosith. 12: ... lex Iunia, quae Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumissores, sicut et Octavenus probat.

Nel commento, cioè, alla legge Giunia Norbana: cfr. [p. 118].

7. D. 40, 1, 13:... si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait.

Parrebbe che il S. C. Dasumiano (D. 40, 5, 36 pr.; 51, 4) sia posteriore ad Ottaveno; altrimenti questi non avrebbe mancato di invocarne la patente analogia: Paul. R. S. 4, 13, 3 e Meciano, fr. 36 pr. cit.: « neque furiosi.... Rubriano senatusconsulto continentur..... quid ergo est? *Dasumiano senatusconsulto* subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant » [2].

---

[1] Non par necessario dire essere la fattispecie sempre che 'Stichus', non 'homo' in genere, sia dedotto in stipulazione. Africano 7 quaest., D. 46, 3, 38, 3; Marcello 20 dig., fr. 72 § 4 ibid. Pei legati: Pomp. 6 ad Sab., D. 30, 45, 1-2.

[2] La materia fu poi meglio disciplinata da un rescritto di Antonino Pio: D. 40, 5, 30, 7.

Il S. C. Dasumiano appartenne a un dipresso al 120 d. Cr. Difatti esso fu anteriore al S. C. Junciano del 127; ma non di molto, come si prova dal nesso strettissimo intercedente fra i due senatoconsulti e che appare dall'esposizione di Ulpiano (5 fideic.) D. 40, 5, 28, 4-5, dove la menzione del senatoconsulto Dasumiano è caduta per errore evidente, tanto più che al § 5 se ne commentano le parole [1]. Inoltre sappiamo da Marciano (9 inst.), che a complemento del Dasumiano fu (e dovette essere quasi subito) emanato il senatoconsulto Articuleiano (del 123): « ut in provinciis praesides provinciae cognoscant, licet heres non sit eius provinciae » (D. 40, 5, 51, 7). Si avrebbe così un nuovo indizio per determinare anche meglio il tempo in cui fiorì Ottaveno.

8. D. 40, 9, 32, 2:

Is, qui operas aut in singulas eas certam summam promisit, ad hanc legem non pertinet, quoniam operas praestando potest liberari. idem Octavenus probat et adicit: obligare sibi libertum, ut mercedem operarum capiat, is intellegitur, qui hoc solum agit, ut utique mercedem capiat, etiamsi sub titulo operarum eam stipulatus fuerit.

La legge Elia Senzia, col vietare che si obbligassero i liberti a prestare mercede in luogo delle opere, aveva dato luogo a molteplici questioni, di cui nelle compilazioni giustinianee è tuttora vivo il ricordo (D. 38, 1, 25; 32. C. 6, 3, 7 pr.). La decisione di Ottaveno è verissima, poichè appunto l'alternativa toglie l'obbligo di pagare in denaro e mira al beninteso interesse dello stesso liberto, che qualche volta avrà avuto maggior tornaconto ad esimersi con denaro dal prestare le *operae*. Le disposizioni, poi, della legge ricevettero nella loro applicazione forti restrizioni per gli arditi e pur felicissimi temperamenti giulianei (l. 65 dig., D. 38, 1, 25).

9. D. 40, 4, 61, 2: *Hoc amplius Octavenus aiebat:* si quis in testamento sub qualibet condicione libertate servo data ita

---

(1) Non credo, però, col MOMMSEN che la menzione si facesse dopo l'attuale § 4. Io stimo che il giureconsulto ricordasse insieme i due senatoconsulti e prima il Junciano, tanto più che in questa lunga esposizione (fr. 26 § 7 sgg., fr. 28, fr. 30) segue un ordine cronologico.

scripsisset: ‘ ante condicionem nolo eum ab herede liberum fieri ’, nihil valere hanc adiectionem.

La Glossa interpreta le parole ‘ nihil valere h. a. ’ per ‘ pro supervacua est habenda haec adiectio ’ e continua: ‘ cum neutro casu (abbia, cioè, o non abbia fatto il testatore tale aggiunta) compellatur heres ante manumittere: sed certe immo utilis, cum prohibitus non possit interim manumitti, ut s(upra) de manu. l. servus (D. 40, 1, 9): alias sic, ut Cod. de latina libert. toll. § sed et si sub condi. (C. 7, 6, un. § 7) ’. E conchiude che deve riferirsi la decisione di Ottaveno al caso di ‘ ironico divieto ’, ‘ *non propter aliquam causam, scilicet suum delictum vel heredis commodum*, quo casu (cioè col divieto *ironico*) prohibitio non valet, ut s(upra) de lega. j. l. filiusfam. § divi. (D. 30, 114, 14) et de lega. iij l. Lucius in princi. (D. 32, 93 pr.) ’.

La spiegazione data dalla Glossa non persuade: chè non si può parificare il ‘ nudum praeceptum ’ di non alienare le cose a quello di non manomettere i servi. Nel primo caso non si teneva conto della disposizione del testatore, ove non si trovasse che questa fosse fatta « *respectu habito ad aliquam personam* », chè allora si comprendeva nel concetto di fedecommesso: invece nel secondo il testatore esercitava un atto di padronanza sul servo, che gli era lecito, indipendentemente da qualsiasi riguardo a terze persone. A me pare che questa decisione di Ottaveno si debba mettere in relazione con la legge Giunia Norbana. Secondo l' antico diritto, come si può sicuramente arguire dal passo del Codice citato dalla Glossa, niun erede estraneo poteva efficacemente manomettere il servo statulibero prima che la condizione si avverasse. Ciò evidentemente perchè sarebbe parso contrario alla volontà del testatore. Il pretore dovette però accordare a tali schiavi, come a tanti altri versanti in analoghe condizioni, una tutela speciale, perchè senza molestie potessero ‘ in libertate morari ’. E secondo ogni probabilità fu la legge Giunia qui pure, che convertì tale libertà meramente di fatto nella *latina libertas*, restando però sempre con la ‘ spes orcini liberti ’ (D. 40, 7, 2 pr.) quella della civitas romana. Si spiega ora come taluni testatori apponessero quella clausola speciale comprendente il divieto di un'anteriore liberazione. Ottaveno, interrogato se tale divieto valesse ad escludere la latinità, rispose *(aiebat)* negati-

vamente. I responsi di Ottaveno potrebbero sembrare strani di fronte al diritto riconosciuto nel testatore di vietare in perpetuo la manumissione di un servo; ma si pensi che la ragione, per cui lo statulibero manomesso ‘ ante condicionem ’ non diventava cittadino, era appunto l’implicito divieto del testatore; e, dal momento che tale implicito divieto non impediva la *latinitas*, non l’avrebbe potuta impedire nemmeno l’esplicito. In un servo, poi, cui il *dominus* stesso lasciava la libertà condizionale, non potevano esserci quelle gravi ragioni, che dovevano invece trovarsi nel caso ch’ egli la proibisse interamente.

10. D. 40, 5, 20: ...bellissime Aristo et Octavenus putabant hunc servum, de quo quaereretur, fideicommissae hereditatis non esse, quia testator, rogando heredem, ut eum manumitteret, non videtur de eo restituendo sensisse.

Il caso fatto dal garrulo e anonimo vecchietto nella sua lettera a Pomponio era quello di un erede fiduciario, a cui era stato commesso dal testatore di manomettere un servo. L’ erede aveva, restituendo l’ eredità ex S. C. Trebelliano, consegnato anche il servo al fidecommissario. Giuliano aveva in simile questione deciso che (tranne che il fidecommissario avesse già usucapito quel servo) l’ obbligo di manometterlo spettava all’ erede, come *dominus*: che s’ egli poi non l’avesse voluto o potuto fare, si sarebbero dovute applicare le disposizioni relative (cioè i S. C. Rubriano, Junciano, Dasumiano e Articuleiano). L’ anonimo chiede il parere di Pomponio su tale decisione e Pomponio adduce l’ avviso di Aristone e di Ottaveno, che in fondo appare essere stato quello di Giuliano. Tanto più singolari riescono le parole, con cui Pomponio conclude: « si tamen per errorem ab herede datus fuerit, ea dicenda sunt quae Iulianus scribit ». Chè a fare usucapire lo schiavo al fidecommissario non sarebbe stata necessaria la ignoranza dell’ erede tradente, purchè esso fidecommissario versasse in buona fede.

11. D. 19, 1, 55: Si servus ... in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat valere emptionem et stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium: potius

enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.

D. 30, 9: Id quod apud hostes est legari posse Octavenus scripsit et postliminii iure consistere.

Nel primo passo il Mommsen propose di leggere, in luogo delle parole ‘quam in natura’, « quam eum non esse in rerum natura »; ma non mi so indurre ad accogliere tale emendazione. Poichè di una cosa sottratta al commercio interamente non dicon mai i giuristi romani che « in rerum natura » essa non sia. Nè, d'altra parte, la comune lezione dà cattivo senso: un' obbligazione di questa specie, dice il nostro giurista, presenta certo delle difficoltà; ma le difficoltà non stanno in ragioni giuridiche o nella natura delle cose, ma sì nella maniera di prestare l' oggetto dedotto in contratto. Qui Ottaveno decide assai opportunamente: secondo il vero e originario concetto romano le cose prese dai nemici, se anche di fatto cadono in loro potere, non cessano per questo di appartenere ai proprietarii antichi: certo, il diritto di costoro rimane potenziale, finchè si attui col postliminio (consistit). E benissimo il giureconsulto diceva che gli antichi proprietarii conservano di quelle cose il « commercium », qualunque sia la condizione di quel popolo nemico di fronte a Roma. D. 30, 104, 2: « etiam rem hostium legari posse Sabinus ait, si aliquo casu emi possit », non si rapporta alla nostra questione; poichè ‘res hostium’ non sono, specialmente per un vecchio giureconsulto come Sabino, *le cose predate dai nemici.* Il legato di cosa predata val sempre, almeno potenzialmente, e si attua col postliminio; invece l' obbligazione di prestar cosa appartenente ai nemici per se stessa è inefficace (D. 45, 1, 103), tranne il caso che per avventura possa di quella cosa esservi commercio. La distinzione di cose mobili e immobili dal Cuiacio fondata sugli ultimi due passi non regge [1].

12. D. 7, 8, 12, 6:

...sibi enim facere videtur (l' usuario di un servo), qui non

---

[1] *Recit. solemn.* ad D. 19, 1, 55 (ed. Neap., 7, 820).

operas eius (servi) locavit, sed opus quod conduxit expediit. idem et Octavenus probat.

Labeone aveva già definito che l'usuario di un servo, benchè non potesse locare, nè per altro modo concedere ad altri le opere di esso, poteva però valersi del servo, che avesse in uso, per coltivare un campo da lui preso in affitto od anche per eseguire un'opera, ch'egli avesse condotto. Ottaveno accolse questo modo di vedere e sembra che appartenga a lui non solo l'osservazione che abbiamo riferita, ma bensì quella che non v'ha disaccordo fra quella veduta di Labeone e la decisione di Sabino: «... ancillae usu dato ad lanificium eam non mitti nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere». Tali notizie intorno alla dottrina di Ottaveno migrarono nel 17º libro di Ulpiano *ad Sabinum* dal libro 5º *ad Sabinum* di Pomponio.

Abbiamo esauriti così i passi, in cui direttamente o indirettamente si accenna alla dottrina dei rapporti fra i servi e i padroni e a quella delle manumissioni. Vediamo brevemente gli altri in quest'ordine: diritti reali, obligationes ex contractu, obligationes ex delicto, diritto matrimoniale.

13. D. 8, 6, 2: qui iter et actum habet, si statuto tempore [1] tantum ierit, non perisse actum, sed manere Sabinus Cassius Octavenus aiunt: nam ire quoque per se eum posse qui actum haberet.

Le servitù sono indivisibili «nam earum usum ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat», come dice Pomponio in un suo noto frammento conservatoci indipendente. Varie conseguenze di questo principio si trovano formulate in decisioni dei giureconsulti dei primi tempi dell'impero. Vedere citato Sabino qui per il primo non fa meraviglia: lo stesso concetto ritorna nel libro 50º *ad Sabinum* di Ulpiano (D. 46, 4, 13, 1), dove quindi dovrà attribuirsi al testo sabiniano e non al commento:

si tamen viam quis stipulatus accepto iter ... fecerit, *accep-*

[1] Cfr. ora GRADENWITZ, *Ztschr. d. Sav.-St.*, R. A., 7, 1, p. 51 sgg.

tilatio nullius erit momenti: hoc idem est probandum, si actus accepto fuerit latus.

Ma se all' autorità di questi tre giureconsulti devesi attribuire importanza, per avere essi contribuito a stabilire definitivamente tale massima, non si può negare che questa fosse già prima di loro riconosciuta. Così mi pare che si possa conchiudere da quanto scrive Labeone (apud Pomp. 11 ex var. lect. D. 8, 6, 17): ‘ si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse ’. L' iter è compreso nell' actus ed è compreso anche nello *haustus* (D. 8, 3, 3, 3); ma c' è questa differenza tra l' un caso e l' altro: che nella servitus actus l' iter è un modo di esercitare la servitus in più modeste proporzioni, ma insomma ha sempre ragione di fine; nella *servitus haustus* al contrario l' *iter* non è punto un modo di esercitare la servitù e, se viene ritenuto implicito in essa, ciò è per ragione di mezzo. Sicchè si può dire che, quando l'avente l' actus si contenta di passare a piedi, esercita la propria servitù (poichè passa non come titolare di una *servitus itineris*, ma come titolare di una *servitus actus*); invece, quando chi ha l' haustus si limita a recarsi a guardare il fonte, niuno dirà che eserciti la *servitus hauriendi.* Ora, tutto questo sottile ma verissimo ragionamento sta a base di quella sentenza di Labeone, il quale deve quindi avere presupposto come riconosciuto che basta l' esercizio parziale della servitù per non per derla col non uso (altrimenti la sua decisione non avrebbe senso); osservato che esercizio parziale si dà solo quando gli atti intrapresi abbiano, riguardo alla servitù di cui è parola, ragione di fine, che — in altri termini — si riferiscano al fine per cui la servitù è stata concessa; e finalmente applicato questi concetti alla fattispecie di chi, avendo l' haustus, *ierit ad fontem nec aquam hauserit.*

14. D. 6, 1, 6: Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet.

Qui non è da cercarsi veruna idea nuova: si tratta di una *definitio*, ossia del modo di formulare cose già note. Nè tale *definitio* parve abbastanza esatta a Paolo, che vi trovava

mancante l'accenno alla *mensura* ' cum res mensura continebitur ' (1).

15. D. 20, 3, 1, 2.

.... Octavenus putabat etiam in pignoribus locum habere exceptionem (rei litigiosae).

Qui siamo assai probabilmente davanti a una nuova applicazione del noto editto di Augusto, fatta da Ottaveno. Le parole, che seguono, di Scevola, a ben considerare tutto il contesto, non vogliono già significare che tale eccezione abbia luogo soltanto rispetto al pegno di cose mobili, ma bensì che essa deve estendersi anche al pegno di cose mobili. Appare infatti dal contesto, che Ottaveno dovette esprimere la sua opinione rispetto ai praedia (italica) (2) litigiosa; quid ergo — dice il nostro frammento — si *praedium* quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione submovendus sit? et Octavenus cet. Nè si può escludere il dubbio, che debba anche leggersi « ut *et* in rebus mobilibus etc. » (3).

16. D. 18, 6, 8 pr.

si exstiterit (la condizione della compravendita), Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. idem Pomponius libro nono probat.

Questa massima non è quella del diritto classico, il quale parte anzi (4) dal principio che durante la condizione sospensiva il pericolo spetti al venditore. Si — scrive Ulpiano in D. 18, 6, 10 — in venditione condicionali hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris servaretur, *puto pactum valere*. Nè pare possibile intendere coll' opinione dominante quell' avviso

---

(1) Del resto, cfr. quanto si dice sulle indicazioni dell' obbietto furtivo da porsi nella *intentio* dell' *actio furti* in Ulp. 40 *ad Sab.* D. 47, 2, 19, ove pure s' accenna al *pondus*, al numero ed alla specie e non alla misura.

(2) Cfr. fragm. de iure fisci, § 8.

(3) A questa categoria di passi apparterrebbe anche D. 5, 3, 18 pr., sul quale si è già discorso nel principio di questo articolo: per l'originaria indifferenza tra possesso di buona e mala fede rimando ora al PERNICE, *Labeo*, 2, 163 sgg.

(4) HAIMBERGER, *Reines röm. Privatrecht*, § 494, d. [trad. BOSIO, p. 465].

di Proculo e di Ottaveno restrittivamente ai casi di deterioramento, non quindi in relazione all'estinzione della cosa: 'sane si exstet res (fr. 8 pr. cit.), licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris'. Chè la voce *periculum* in linea principale si rapporta appunto all'estinzione dell'obbietto: cfr. lo stesso fr. 10 testè citato.

17. D. 9, 2, 27, 25 ss.

§ 25 ....Octavenus in uvis adicit: nisi, inquit, in terram uvas proiecit, ut effunderentur.

§ 26 Idem et in silva caedua scribit, ut, si immatura, Aquilia teneatur: quod si matura interceperit, furti teneri eum et arborum furtim caesarum.

§ 27 Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris (scr.: 'secueris'), cessare Aquiliam.

Anche quest' ultimo paragrafo va senza dubbio considerato come riferentesi ad Ottaveno. Infatti l' accusativo coll' infinito mostra che qui Ulpiano continua nella sua citazione; e poi il concetto fondamentale è sempre lo stesso, che qui traspare in tre diverse applicazioni: relative, cioè, alla vigna, al bosco ceduo ed al saliceto. Ove taluno non abbia fatto che cogliere uva matura, tagliar legna in selva cedua o verghe nel saliceto in tempo opportuno, non può essere tenuto con veruna azione, chè anzi ha fatto un piacere al padrone: se poi si appropria tali prodotti, si fa reo di furto. Ma con la legge Aquilia non può essere di regola convenuto (nisi in terram uvas proiecit), perchè la cosa non è stata da lui danneggiata.

18. D. 47, 2, 67 (66), 1: Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat. Cfr. Paul. (9 ad Sab.) D. 47, 2, 47: Si dominium rei subreptae quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.

Tale decisione si connette con l' intera teoria della ripetuta *contrectatio*, di cui si è già per incidente toccato. Non pare improbabile che i *veteres*, se non universalmente e coerente-

mente, qua e là tendessero a far sorgere dalle successive contrettazioni del ladro altrettante azioni di furto. L' avere posto limiti definitivi a queste pericolose tendenze è merito precipuo di Sabino. Fu egli, per es., che stabilì (Paul 9 ad Sab., fr. 6 h. t.) che « *quamvis.... saepe furtum contrectando fiat*, tamen initio, id est faciendi furti tempore, constituere visum est, manifestus necne fur esset » : ove, se le parole sono di Paolo, la sostanza è certo sabiniana, cfr. Sabino apud Gell. 11, 18, 11, coll' aggiunta « faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat ». E pure un' idea sabiniana appare essere l' altra (Pomp. 6 ad Sab., fr. 9 pr. h. t.) : « ei, qui furti actionem habet, *adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest*, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta ». La quale ultima sentenza fu poi criticata e anzi — al solito — qualificata per ' ridicola ' dal giureconsulto Celso (12 dig. : fr. 68 (67) § 2 h. t.). Dopo tutto questo sembra quasi che il passo surriferito (fr. 47 h. t.), anzichè al commento pauliano, appartenga al testo sabiniano, e allora diventa assai dubbio il merito di Ottaveno in questo proposito : egli non avrebbe fatto altro che applicare ad un caso particolare un principio già da Sabino posto in termini generali, ed anzi avrebbe usato la stessa formula, che Sabino già aveva adoperata.

19. D. 23, 2, 43, 3 : Octavenus autem recte ait etiam eam quae sine quaestu palam se prostituerit debuisse his connumerari.

fr. 44 § 3 ib. iustum patrem intellegendum Octavenus ait : matrem, etiamsi vulgo conceperit.

Questi due frammenti si riferiscono evidentemente ad un commento esegetico alla legge Giulia e Papia. L' ultimo non è che una retta, ma facile applicazione del principio che i figli legittimi ' condicionem patris sequuntur ' e gl' illegittimi ' matris '. Dal primo non si può arguire con certezza se Ottaveno intendesse solo di criticare la legge per una lacuna o se volesse estenderne anche analogicamente l' interpretazione. Stando al « debuisse », la prima alternativa è più verosimile : le critiche a questa legge erano, del resto, di moda (cfr. G. 3, 47).

Dall' esame di queste varie opinioni appare che Ottaveno fu più felice nel formulare risultati già ottenuti nella giuri-

sprudenza e nel dare applicazioni nuove e più generali a principii già conosciuti, che non nel fare passi nuovi e nel tentare vie inesplorate. Simile ad Aristone, suo coevo, col quale viene anche citato, appare essere stato uomo di grande dottrina e di molta autorità: ovunque compare il suo nome, ivi si troverà pure l'osservazione cauta e sagace o almeno la formula elegante.

Sull' esistenza della formula proibitoria nell' albo pretorio (*).

I.

La più strenua campagna contro l' Indice de' Digesti dell' antecessore Stefano fu recentemente intrapresa dal Lenel (1). Nelle sue osservazioni vi ha certamente una parte di vero e si contiene una salutare reazione contro le esagerazioni di parecchi, citanti lo Stefano come autorità indiscutibile. Se non che nemmeno si può dire ch' egli abbia pienamente colto nel segno. Le ricerche da alcun tempo intraprese e — se non terminate — non interrotte mai su quel cospicuo monumento della giurisprudenza bizantina mi fanno propendere ad un giudizio notevolmente difforme. Come l' indice greco delle Istituzioni, così questo dei Digesti vanno considerati con diverso criterio nelle loro parti diverse. I loro autori non furono uomini di straordinario ingegno, nè di straordinaria cultura: bensì poterono valersi di buone fonti anteriori.

Non è possibile una critica degna di questo nome, quando non s' investighi l' origine degli insegnamenti, che un determinato passo ci offre. Ora questa indagine preliminare ed indispensabile è forse più facile per l' indice stefaneo che non per quello dello Pseudo-Teofilo. Ove il bizantino congettura

(*) [In *Studi giuridici e storici* pubblicati per l' VIII Centenario dell' Università di Bologna, Roma 1888, pp. 81-100].

(1) *Ztschr. der Savigny-Stift.*, R. A., 2, p. 72 sg. Cfr. anche *E. P.*, 149 [meno deciso nella 3a ed., p. 190 sg.]. In senso contrario pecca il PERNICE (HERBERT), *Commentationes*, p. 164 sg.

di proprio capo o pende dall' autorità de' contemporanei, la sua testimonianza, in quanto almeno concerne il diritto antegiustinianeo, non può pretendere una fiducia singolare. Ma là dove la testimonianza pende da fonti anteriori e buone, l'ostinata incredulità può essere altrettanto contraria alle esigenze di una critica imparziale.

II.

Dicevo che la suaccennata ricerca è per l' indice stefaneo meno ardua che non per altri monumenti coevi. E la ragione non è difficile ad indovinarsi. I Digesti non costituiscono come le Istituzioni un tutto fuso omogeneamente: sono un mosaico fatto con frammenti tolti ad opere molte e diverse, ciascuno dei quali conserva la sua fisionomia indipendente. Già questo fatto induce a riflettere quanto sia possibile ed anche probabile che l' indiceuta, per servirmi della parola bizantina, abbia per alcune categorie di frammenti potuto valersi di sussidi, che per le altre gli facevano difetto. Non tutte le opere, di cui contengono estratti le Pandette, erano studiate prima di Giustiniano dai giureconsulti orientali, per quanto il numero di quelle studiate fosse assai ragguardevole (come insegnano singolarmente i frammenti sinaitici) e, senza paragone, maggiore di quello delle opere svolte dagli occidentali. Un numero minore di tali opere ebbe l' onore di versioni o commenti per parte dei giuristi greci antegiustinianei; e, finalmente, più scarsi ancora dovettero essere que' lavori di questi che pervennero ai giureconsulti bizantini dell' età giustinianea e che furono da essi effettivamente adoperati. Determinare quali opere dei giureconsulti greci antegiustinianei ebbero influenza su quelle dei giustinianei e determinare la varia intensità di cotale influenza, non è fattibile ancora: troppo poco si è occupata la critica moderna di que' monumenti, pur tanto notevoli, perchè sia lecito esporre in proposito qualsiasi giudizio. Lo stato attuale degli studi permette però di mostrare quanto fondamento abbiano le riflessioni suesposte e di convalidare quel canone, che non si dovrebbe omai più in tali ricerche dimenticare: « L' autorità de' bizantini deriva dalle fonti, di cui poterono valersi: tali fonti non sono direttamente le

opere classiche, bensì le loro elaborazioni antegiustinianee: l'uso di tali fonti non è però costante, ma è determinato dalla natura del passo, che si vuole illustrare ».

III.

Chi, pur senza avere letto una pagina dell' Indice di Stefano, ripensi alle condizioni del suo autore, dovrà — io stimo — trovare già *a priori* mòlto probabile quanto segue. I frammenti, per cui egli poteva trovare più abbondanti sussidi, dovevano essere quelli delle due grandi compilazioni ulpianee *ad Sabinum* e *ad Edictum.* Quanto, infatti, i giureconsulti orientali avessero lavorato attorno alla prima, attestano i frammenti sinaitici: quanto dovessero lavorare attorno alla seconda, insegna il riflesso, che di essa appunto si servivano le scuole orientali per l'insegnamento delle materie edittali [1]. Ora io sono persuaso che l'attento esame dell' Indice confermi pienamente questa osservazione e ne dia anzi una prova così sicura, che migliore non si potrebbe desiderare. De' frammenti ulpianei *ad Sabinum* ci occuperemo del resto pochissimo, giacchè pei fini particolari di questa dissertazione a noi importano soprattutto quelli del commento edittale.

IV.

Nessuno ha mai osservato finora come tutte le citazioni degli « eroi beritesi », che si trovano nell' indice stefaneo, si riferiscano a' frammenti de' libri di Ulpiano *ad Edictum.*

Il vecchio Cirillo ὁ ἥρως è citato nell'indice ad D. 2, 14, 12 = Ulp. lib. IV *ad Edictum* (Hb. I, 583); Amblico ὁ ἥρως nell' indice ad D. 12, 1, 9, 9 = Ulp. lib. XXVI *ad Edictum* (Hb. II, 601); Patricio ὁ ἥρως come commentatore della costituzione, che nel Codice giustinianeo è la seconda del titolo *de rebus creditis* (4, 1), è addotto nell' indice ad D. 12, 2, 13 = Ulp. lib. XXII *ad Edictum* (Hb. II, 542); una difesa penale del vecchio Cirillo τοῦ ἥρωος ἐν Βηρύτῳ è ricordata nell' indice

[1] Cfr. c. *Omnem*, § 1.

ad D. 15, 1, 9, 7 = Ulp. lib. XXIX *ad Edictum* [1]. Ciò non può essere un caso. Anzi il critico, il quale vede come Stefano riserbi a questa sola categoria di frammenti tanto sfoggio di erudizione, non può sottrarsi al sospetto — omai non troppo temerario — che tutte queste citazioni derivino da un' unica fonte, vale a dire da un antico commentario scolastico ai libri di Ulpiano *ad Edictum* (se non a tutti, almeno ai πραττόμενοι), il rapporto del quale coll' indice stefaneo si configurerebbe a un dipresso come quello del κατὰ πόδας beritese di Gaio con l' indice delle Istituzioni. Ma non è poi questa mera congettura. Stefano in più luoghi ci attesta — sempre nell' indice a' frammenti di Ulpiano *ad Edictum* — di avere presente un vecchio autore, παλαιός. Cfr. l'indice, certamente alquanto guasto, ad D. 3, 2, 6, 2 = Ulp. lib. VI *ad Ed.* (Hb. II, 438), καὶ τὸν λογισμὸν φησὶν ὁ παλαιός, e quello ad D. 9, 4, 38 = Ulp. lib. XXXVII *ad Ed.* (Hb. V, 370), σημείωσαι τὸν παλαιὸν λέγοντα. E qui io riferirei pure quanto si legge nella paragrafe ad D. 11, 6, 3, 6 = Ulp. lib. XXIV *ad Ed.* (Hb. V, 422): ἕτεροι δὲ τὸν παλαιὸν οὕτως ἐνόησαν. Se qui appartenga il παλαιός di cui si cita la versione dell' Editto nell' indice ad D. 47, 4, 1 pr. = Ulp. XXXVIII *ad Ed.* (Hb. V, 538), non saprei decidere, tanto più che quest' indice non appartiene a Stefano. Ma non v' appartiene punto il παλαιός degli scolii ad D. 47, 2, 74 e 48, 5, 11: a questi passi non si riferiva l' indice stefaneo.

Invece non bisogna lasciarsi illudere da alcune tracce apparenti di una più antica versione del testo, che qua e là fanno capolino nell' indice di Stefano, stando alle quali taluno potrebbe pensare che la fonte di Stefano fosse un indice anteriore delle Pandette medesime. Io mi limiterò a considerare l' esempio più notevole, che l' indice presenti. Commentando il fr. 17 § 4 D. *de pactis* (2, 14) = Paul. III *ad Ed.* (Hb. I, 588), si cita il fr. 40 § 3 dello stesso titolo nel modo seguente: συμβάλλεται δέ σοι πρὸς τὴν εἰρημένην παράδοσιν καὶ τὸ κείμενον ἐν τῷ μ′ διγ. τοῦ παρόντος τίτλου ἐν τῷ θέματι οὗ ἡ ἀρχή· πατὴρ ὁ τὴν προῖκα. Parimenti al fr. 33 h. t. (Cels. 1 *Dig.*), Hb. I, 620, si cita lo stesso passo e nello stesso modo: ἐν τῷ μ′ διγ. τοῦ πα-

[1] Suppl. Basil., ed. ZACHAR., ad h. l., p. 211. I passi del Supplemento dello ZACHARIAE sono stranamente ignorati affatto dal HUSCHKE nella sua insufficiente raccolta, *Iur. anteiust.*, p. 824 seg.

ρόντος τί. οὗ ἡ ἀρχή· πατὴρ ὁ τὴν προῖκα ἐπαγγειλάμενος. Ora, al contrario, l' indice stefaneo del citato fr. 40 § 3 h. t. (Hb. I, 626), non comincia con quelle parole, ma con le seguenti: Πατὴρ ὑπὲρ θυγατρὸς ἐπηρωτήθη γαμβρῷ προῖκα δοῦναι. Ma questa apparente citazione di una più antica elaborazione greca delle Pandette perde ogni valore, quando si consideri ch' essa non può essere che un ἐξελληνισμός dovuto ai greci recenziori dell' undecimo o duodecimo secolo. Stefano nel citare il principio di un paragrafo si attiene costantemente al metodo de' suoi contemporanei [1], cioè adduce le parole latine con cui comincia quel testo: cfr. ind. ad D. 2, 15, 4; 7, 2 (Hb. I, 670. 672). Qui le parole del testo, *Pater qui dotem promisit*, furono più tardi ellenizzate [2].

V.

Con tutto quanto si è finora detto sulla fonte speciale, di cui si dovette valere Stefano nel tradurre e commentare i frammenti dei libri ulpianei *ad Edictum*, si accorda mirabilmente il fatto, che quasi esclusivamente a proposito di questa categoria di frammenti si occupa Stefano dell' antica procedura formulare e parla a lungo della concezione delle vecchie formule anche là ove il testo non vi accenna. Il che, mentre da un lato rivela chiaramente come Stefano si valesse di una fonte antegiustinianea, dall' altro conferisce importanza ed autorità alle notizie di questa natura che nell' indice di tali frammenti si contengono. Io mi limiterò qui a pochissimi esempi, pur non tacendo che sono innumerevoli i frammenti di tale categoria, in cui si contengono tali notizie ed osservazioni. Nell' indice a D. 2, 14, 7, 2 = Ulp. IV *ad Ed.* (Hb. I, 560), si fa una ottima descrizione dell' *actio praescriptis verbis* che espone a mo' di *demonstratio* il fatto e poi procede a una *intentio incerta* e termina nel solito modo, cioè nella consueta *condemnatio*: descrizione che, mentre si deve ritenere esattissima, poichè risponde benissimo a tutte le altre testimonianze (cfr., per es.,

---

[1] Cfr. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo*, pp. 3, 15 sg. [Vol. I, p. 142 sg., etc.].

[2] Per un bellissimo ed inavvertito esempio di ἐξελληνισμός nell' indice stefaneo cfr. D. 2, 14, 7, 5, ove "*rei*" (= *del convenuto*) è reso con πράγματος!

C. 2, 4, 6, 1), rivela una buona conoscenza degli schemi formulari e certo deriva da un tempo, in cui tali schemi non erano caduti ancora in dimenticanza. Ciò nonostante, questa opportuna testimonianza, come quasi tutte quelle de' giureconsulti bizantini, è stata ignorata dai restauratori dell' Editto e dagli scrittori di procedura romana. Per la conoscenza, poi, del processo formulare si confrontino anche le osservazioni contenute nell' indice al § 6 ibid. A proposito della formula della *hereditatis petitio* basti ricordare le bellissime osservazioni [1] che si trovano ne' frammenti dell' indice stefaneo relativi a' libri di Gaio e di Paolo *ad Edictum* [2] ma che pur hanno opportuna conferma in quelli relativi a' libri ulpianei *ad Edictum* dello stesso titolo [3]. Nell' indice, poi, ad D. 5, 4, 1, 5 = Ulp. V *ad Ed.* (Hb. IV, 246) è data la *intentio* della formula perla *petitio incertae partis hereditatis*: εἴ τι φαίνεται ἐν τῇ κληρονομίᾳ ἐμὸν εἶναι, καταδίκασον. Tale formula, tenute ferme le consuete modificazioni da noi già avvertite in altro lavoro [4], si traduce « quidquid ex hereditate Publi Maevi ex iure Quiritium A^{i} A^{i} esse paret, quanti ea res est, tantam pecuniam etc. ». E mi pare che tale formula risponda benissimo all' ufficio suo; l' analogia di quanto Gaio insegna (4, 54) a proposito della *incertae partis vindicatio* non s' impone necessariamente. Anche la notizia essere state la Fabiana e la Calvisiana concepite *in factum* (ad D. 5, 3, 16, 6 = Ulp. XV *ad Ed.*, Hb. IV, 201) è molto attendibile. Riguardo alla *rei vindicatio*, mi limito ad accennare le importanti osservazioni fatte nell' indice ad D. 6, 1, 3, 2 = Ulp. XVI *ad Ed.* (Hb. II, 155), nonchè la dottrina così notevole sulla *pronuntiatio* [5] che noi conosciamo soprattutto e quasi esclusivamente per gli insegnamenti di Stefano. Questa dottrina è svolta precipuamente nell' indice ai frammenti dei libri di Ulpiano *ad Edictum:* fr. 13, 17 h. t. = Ulp. XVI *ad Ed.* (Suppl. Zach. 8. 11). Noterò ancora quanto dicono gli scolii antichi de' Basilici (Fabr., schol. *b*, 3, 572) ad D. 13, 3, 1 = Ulpiano XXVII *ad Edictum:* « Bisogna sapere che, come insegna Stefano nelle

---

(1) Non ignote ai moderni: cfr. LENEL, *E. P.*, p. 139.

(2) Cfr. specialmente D. 5, 3, 4; 10 (Hb. IV, 185. 192).

(3) E del successivo: per es., D. 5, 4, 1, 1; Bas. Hb., IV, 243.

(4) [I, p. 27 sgg. (spec. 31 n. 2)].

(5) Cfr. il fondamentale articolo dello ZACHARIAE, *Zeitschrift für gesch. R W.* 14, 1849.

sue paragrafi, l' azione triticaria ha questo nome per il motivo che nella formula anticamente usata si faceva memoria del *triticum* ». Nè certo tali cose potevan saltare spontanee in testa al giureconsulto costantinopolitano, che piuttosto le trovava nelle vecchie elaborazioni greche del commento ulpianeo. E, come questi, altri molti esempi si potrebbero arrecare; gli addotti bastino a comprovare l' alta utilità di un savio uso dell' indice stefaneo per la conoscenza dell' Editto perpetuo e dell' antica procedura romana.

VI.

Il Lenel [1] ha creduto di poter togliere quasi ogni fede all' indice di Stefano con un' osservazione che, secondo lui, basterebbe a convincere non avere avuto l' antecessore greco veruna salda conoscenza dell' editto perpetuo. Giova a noi esaminare questo suo argomento, tanto più che si riferisce al commento ad un passo tolto precisamente al libro XVI *ad Edictum* di Ulpiano, e cioè al fr. 11 § 1 D. *De publiciana* (6, 2). Il testo dice: « Si de usufructu agatur tradito, publiciana datur », e lo Stefano nel commento scrive così: « Veramente il compianto Teofilo fa il caso che il tradente non sia stato proprietario (del fondo); benchè il pretore abbia promesso di tutelare l' usufrutto tradito dal proprietario » Suppl. Zach. 43). Qui, osserva il Lenel, si parla di una vera promessa (ἐπαγγέλλεσθαι) del pretore e devesi intendere che, secondo la mente del bizantino, il pretore nel suo editto avesse veramente proposto un' azione utile a favore di colui, al quale il proprietario avesse tradito l' usufrutto. Ora ciò è impossibile per la ragione semplicissima che Gaio ancora non concepiva punto la tradizione dell' usufrutto. Lo prova incontrastabilmente Gaio stesso, che insegna (2, 28): « (res) incorporales traditionem non recipere manifestum est », e altrove (D. 41, 1, 43, 1): « incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est » (7 ad Ed. prov.). Si vede dunque chiaramente, conchiude il Lenel, che Stefano ignorava il contenuto dell' Editto, ma poi non si peritava a vendere come tale ciò che non era che il

[1] *Ztschr.* cit., pp. 80-81.

portato della sua immaginazione. Questa requisitoria non mi pare così ineccepibile da dover noi seguire il valoroso alemanno nelle sue conclusioni. Prima di tutto non credo che bastino quei due testi gaiani a dimostrare che a questo giureconsulto il concetto di *traditio usus fructus* fosse addirittura ignoto. Giacchè que' due testi parlano genericamente delle *res incorporales* e non escludono la possibilità di una eccezione per l' usufrutto, per il quale una eccezione dovette anzitutto farsi. A me pare anzi che se a' tempi di Ulpiano, come ammette il Lenel, il concetto di una *traditio* non si trovava ripugnante per le servitù rustiche e neppure per le urbane, si deva trovare assai probabile che già a' tempi di Gaio la *traditio usus fructus* fosse penetrata nell' uso. Si aggiunge poi che, pur essendo nota e praticata la *traditio usus fructus*, Gaio poteva benissimo esprimersi come si è espresso, giacchè non è questa una vera e propria *traditio*, come quella che s' usava per le *res corporales*, ed è appunto fra i due ordini di cose che Gaio istituisce il confronto. Tant' è vero questo, che lo stesso Stefano, precisamente in questo passo cotanto incriminato, espone il principio di Gaio quasi colle medesime parole. Ecco, infatti, che cosa dice: « L' usufrutto propriamente si costituisce per mezzo di legato, di patti o di stipulazioni: abusivamente colla tradizione [1], poichè non è neppur possibile il tradere una cosa incorporale ». E, poi, che Gaio non ignorasse la *traditio usus fructus* appare dal D. 7, 1, 3 pr., tolto dal libro secondo delle *res cottidianae*: ed un tentativo di estendere il concetto di *quasi traditio* alle servitù in genere lo troviamo fatto già nell' epoca traianea da Giavoleno (D. 8, 1, 20 = 5 ex post. Labeonis) seguito in ciò, come spesso, dal suo grande discepolo Salvio Giuliano (D. 8, 5, 16) [2]. Non parrà,

---

[1] Di passaggio si avverta come gli insegnamenti dei bizantini non sono i più favorevoli alla vecchia teoria con tanto calore difesa dal VANGEROW nelle note al § 350 delle sue *Pandette*. Il patto è pensato in vero contrapposto alla quasi-tradizione.

[2] Questo risultato non è infirmato dal fatto che talora il *traditus usus fructus* è penetrato ne' Digesti per interpolazione. Questo mi pare sicuramente il caso del passo D. 7, 4, 1 pr., cfr. Vat. fr. 61. E qui mi piace notare come di *traditus usus fructus* non si faccia menzione neppure nell' indice di Stefano a questo passo (Suppl. Zach. 99): cosa che, dopo quanto osservammo sulle fonti usate da Stefano per la versione e l' illustrazione dei frammenti ulpianei *ad Sabinum*, non deve punto sembrarci strana.

ora, certo incredibile che almeno nella redazione giulianea dell' Editto si tenesse conto della *traditio usus fructus*. Ma siamo pure generosi e concediamo tutto quello che il Lenel vuole. Non per questo saremo costretti ad accettare anche le sue conseguenze.

È noto come l' Editto sulla publiciana contenesse due clausole: una relativa alla *traditio* di una *res mancipi* fatta dal *dominus*, e l' altra relativa all' acquisto in buona fede e con giusto titolo da chi non era domino [1]. Invece, secondo la notizia dataci qui dai greci, il pretore proponeva l'utile publiciana solo nel caso di costituzione irregolare di usufrutto fatta dal *dominus*, benchè la giurisprudenza la estendesse anche all' altra ipotesi. Stefano c' insegna ciò che faceva Teofilo, nonostante il contenuto dell' Editto: nè qui deve ammettersi con lo Zachariae una *Meinungsverschiedenheit* dei due bizantini [2], poichè tale applicazione della publiciana era ben più antica di Teofilo, e qui Stefano vuol solamente avvertire come tale pratica eccedesse il contenuto materiale dell' Editto. Nè dobbiamo scandolezzarci, se qui si parla di « usufrutto tradito » benchè l' Editto non mentovasse (il che però è tutt' altro che sicuro) tale tradizione; giacchè è naturale che un bizantino, riferendo non le parole, ma la sostanza dell' Editto, lo applicasse senz' altro al caso a' suoi tempi usitato. Si vegga dunque come qui si abbia, secondo ogni probabilità, un prezioso documento, che può spargere molta luce su parecchie questioni attinenti alla quasi-tradizione e a' suoi effetti, e come noi, allo stato attuale della scienza, siamo tutt'altro che in diritto di trarne argomento per spregiare l'autorità di Stefano e negar fede alle parole sue.

VII.

Tutte le cose fin qui ragionate miravano a disporci a fare il debito apprezzamento di una notizia, che lo Stefano ci porge nel suo indice di un frammento tolto al libro XVII di Ulpiano

---

(1) LENEL, *Beiträge zur Kunde des prät. Ed.*, 1878, p. 1 seg.; cfr. anche le mie *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo* [I, p. 30 sg.].

(2) *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., VI, p. 6.

ad Edictum (D. 7, 6, 5, 1), ove dice: « Il pretore ha stabilito delle « formule anche per coloro che rivendicano cose incorporali : « una *confessoria* così concepita : ' se pare aver me il tal di- « ritto ', un' altra *negatoria* così concepita : ' se pare non aver te « il diritto di usufruire contro la mia volontà '. Propose inoltre « anche un' altra formula, la *proibitoria*, concepita in questo « modo : ' se pare aver me il diritto di proibirti di usufruire ' ». (Suppl. Zach. 112 sg.). Stando a questa notizia stefanea, si avrebbe, oltre le azioni confessoria e negatoria, una terza detta proibitoria. Questa notizia dello Stefano non sta, come è omai risaputo, isolata nella letteratura bizantina. Già lo Zachariae [1] arrecò una glossa, che si trova presso il Labbaeo [2]: προνιβιτ(ορία)· ἀγωγὴ κωλυτική e προνιβιτορία κωλυτική [3]: nonchè i versi della sinopsi pselliana 564 sg. : ἡ δὲ κομφεσσορία τις, ἡ δὲ νεγατορία.... ἡ δὲ προιβιτορία τις κτλ., ove il Bosqueto arreca una glossa (verosimilmente della stessa origine delle labbeane) προϊβιτορία ἤγουν κωλυτικὴ κωλύουσα τὸ γινόμενον εἰς βλάβην. Il Witte, poi [4], da un trattato inedito sulle obbligazioni, anteriore ai Basilici, trae pure una notizia sull' esistenza di questa proibitoria, con la relativa formula: « se pare aver me il diritto di proibire a te ». Dopo che lo Zachariae ebbe pubblicato quel passo dell' indice stefaneo [5] e richiamato su di esso l' attenzione dei romanisti, la esistenza della proibitoria fu ammessa da quasi tutti gli autori, che si occuparono della questione: Witte [6], Schmidt von Ilmenau [7], Heimbach [8], Pernice [9], Vangerow [10], Rudorff [11], Karlowa [12], Keller [13]. Fra i contradittori notiamo

---

(1) *Ztschr. für gesch. RW.*, 12, 258 seg.

(2) *Glossae nomicae*, p. 99.

(3) È noto come nei manoscritti greci l' *N* latina fu ordinariamente confusa coll' *H*.

(4) *Zeitschr. für Civilrecht u. Proc.*, 13, 392.

(5) Supplem. Basil., p. 112 sg.

(6) *Zeitschr.* cit., 13, 391 sg.

(7) *Ztschr. für gesch. R. W.*, 15, 149.

(8) *Rechtslexicon* di Weiske, 10, 340 sg.

(9) *Commentationes i. r.*, pp. 162-173.

(10) *Pand.*, § 353, n. 1.

(11) *Ed. perp.*, § 65.

(12) *Der röm. Civilpr.*, p. 95.

(13) *Der röm. Civilpr.*, 6a ed., p. 132.

lo Stephan [1], lo Hesse [2] e il Lenel [3]. Argomenti di costoro sono precipuamente i seguenti: il silenzio che su quest'azione mantengono i Digesti, e in genere il *Corpus iuris*; l'inutilità della pretesa proibitoria di fronte alla negatoria; la poca attendibilità degli scrittori bizantini.

Su quest' ultimo argomento si possono confrontare le cose sopra lungamente ragionate sull' autorità di Stefano nel commento, ch' egli fa di frammenti dei libri di Ulpiano *ad Edictum*. La quale autorità poi è qui più che mai manifesta, stantechè per le formule confessoria e negatoria pende evidentemente da ottima fonte, come prova specialmente l' inserzione dell' inciso « invito me » [4]. E l' autorità di Stefano è qui suffragata dalla testimonianza di altri giuristi bizantini. Si fa invero presto a dire che tali scrittori « avranno certo copiato da Stefano »; chè quanto noi sappiamo sulla letteratura giuridica bizantina non ci autorizza punto ad ammettere un così largo uso dei libri stefanei; e poi alcune di quelle testimonianze, come quella della glossa labbeana, datano, secondo ogni verosimiglianza, da tempo anteriore. Queste glosse latino-greche si propongono di illustrare parole latine tecniche conservate ancora nel più antico linguaggio giuridico bizantino, quando anche non si propongono invece di illustrare senz' altro le dizioni latine dei giureconsulti classici studiati in Oriente fino a Giustiniano. Ora, si vegga con quanta probabilità potessero tali glosse occuparsi di una voce coniata da un giureconsulto bizantino [5]. E si vegga pure con quanta probabilità possiamo noi statuire, che un giurista costantinopolitano arrivasse a tal punto di audacia da inventare non solo una formula, ma anche il nome latino di un' azione non esistente. Se la lettura del fr. 5 pr. poteva indurlo in errore sull' esistenza della formula, certo non poteva insegnargliene anche il nome. E se pur si volesse attribuire tale errore, anzichè a Stefano perso-

---

(1) *Ztschr. für gesch. RW.*, 14, 274 sg.

(2) *Jahrb. f. d. Dogm.*, 8, 72, sg.

(3) [Ll. cc. a p. 145 n. 1].

(4) Pernice, *Comment.* cit., p. 160 sg.; Keller, loc. cit., p. 132. V. poi anche Voigt, *Ueber den Bestand und die hist. Entw. der Serv.* (in *Berichte der kgl. sächs. Ges. d. W.*, hist.-phil. Kl., 1874, p. 218).

(5) Cfr. Krueger, *Gesch. der Quellen*, p. 368-9.

nalmente, alla giurisprudenza bizantina in generale, io domando che mi si citi un solo esempio analogo, in cui siensi inventati e formula e nome di un' azione: nome *latino* ignoto ai giureconsulti classici? Con ciò cadono anche le congetture, per quanto ingegnose, del Lenel [1]: che, cioè, cessato il processo formulare, dovesse la negatoria avvicinarsi al processo remissorio in cui tutto s' aggirava sul *ius prohibendi*, e che questa fosse l'origine della pretesa *prohibitoria*; o che del *ius prohibendi* si facesse menzione nelle sponsioni, quando in questioni di servitù queste si preferissero alla formula petitoria, e a quelle sponsioni si debba riferire la proibitoria [2]. Tutto ciò può essere molto ingegnoso, ma nè ha intrinseca verosimiglianza, nè vien sorretto da alcuna analogia. Nelle fonti bizantine, ove si parla di denuncia di nuova opera o di processo remissorio, non v' è la più lontana allusione ad azione proibitoria, e se nelle fonti recenziori (come nel Prochiro, nell' Epanagoge e negli stessi Basilici) troviamo che si discorre insieme delle servitù e della denunzia di nuova opera, questo si deve alla sistematica della giurisprudenza bizantina del secondo periodo, che aveva ravvicinato cose in realtà non troppo disparate; ma non può concedere senz' altro delle illazioni a riguardo di Stefano e della giurisprudenza anteriore a lui, quando lo stesso ordine delle fonti latine, scrupolosamente seguìto ancora, doveva tener vivo il senso della diversità de' rimedii giuridici accennati e della loro origine disforme.

VIII.

Il silenzio dei Digesti va, dicono gli avversari, posto a riscontro con le frequenti menzioni, che della proibitoria fanno i bizantini. È probabile che i primi tacessero di un rimedio che, stando a costoro, sarebbe stato tuttavia nell' uso comune? Questo silenzio a me non par così strano. I bizantini non parlano della proibitoria come di un rimedio di speciale efficacia, che fosse tuttora in uso nel foro. Essi vi accennano piuttosto a mo' di notizia; le glosse, per illustrare la voce latina « prohi-

---

(1) *Ztschr.* cit., p. 79.

(2) *E. P.*[1], p. 150. Che poi nelle sponsioni si parlasse di " ius prohibendi " è tutt' altro che sicuro. A me pare più probabile il contrario.

bitoria »; Stefano, per completare alcuni cenni sul processo formulare. Al tempo di Giustiniano (non disputiamo per ora quale dovesse essere anteriormente lo stato delle cose) la proibitoria non poteva aver più veruna importanza accanto alla negatoria e nemmeno — cessate le formule — poteva per l'uso di diverse parole da quest' ultima distinguersi: nulla dunque di più naturale, che i compilatori non ne abbiano conservate esplicite menzioni. Che però tracce ne siano rimaste, fu già dallo Zachariae e dagli altri citati avvertito. Anzitutto mi par difficile negare che una tal traccia contenga il fr. 5 pr. D. *si ususfr.* (7, 6): « cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel (intendit) *sibi ius esse prohibendi* ». Il Lenel veramente [1] trova che queste ultime parole non possono essere che una perifrasi dell' *intentio* della negatoria, allo scopo di mostrare che pur in quest' ultima l' attore si fondava su un diritto proprio (cfr. anche lo Pseudo-Teofilo, 4, 6, 2) e non solo sulla mancanza del diritto altrui; la quale osservazione, applicata alla pretesa proibitoria, sarebbe « mehr als trivial ». Io faccio però osservare che il frammento, come ora si legge, non può assolutamente dare quel senso, che il Lenel vuole [2]; osservo poi che anzi dà un controsenso « negat ... sibi ius esse prohibendi »: controsenso, che tradisce una avvenuta mutilazione, la quale dovette cancellare qualche notizia relativa alle formule. E appena è possibile dubitare che il testo genuino di Ulpiano fosse a un di presso il seguente: « cum invito se negat ius esse utendi fructuario; ⟨nam perinde est atque in formula prohibitoriae actionis, qua intendit⟩ sibi ius esse prohibendi ». I frettolosi compilatori hanno cancellato le parole intermedie e sostituito un « vel » senza accorgersi che precede un *negat*. E il ragionamento di Ulpiano procede correttisimo: non bisogna stare alla lettera della formula; si pensi che il fondamento della negatoria — dice egli — è sostanzialmente identico a quello della proibitoria, in cui niuno dirà che l' attore non accampa un proprio diritto. L' altro passo, ordinariamente citato, è il D. 8, 5, 11, in cui si fa la questione se, volendo un condomino edificare nel luogo comune

---

(1) *Ztschr.* cit., p. 74.

(2) Almeno in luogo del " vel „ si dovrebbe allora leggere " id est „ ovvero " hoc est „.

invitis ceteris, questi possano « cum eo ita agere ‘ *ius sibi prohibendi esse* ’ vel ‘ *illi ius aedificandi non esse* ’ ». Questo passo mi sembra di gravissima importanza, poichè evidentemente Marcello qui pone a riscontro una *intentio* con un'altra e si riferisce a due rimedii assai affini e nel caso equipollenti, uno dei quali è la negatoria, l'altro un'azione in cui, anzichè della mancanza di diritto nel convenuto, si fa menzione del diritto di proibire nell'attore. Or si consideri anche che e l'uno e l'altro rimedio sono, come due specie dello stesso genere, contrapposti da Marcello alla confessoria (« ius sibi esse aedificare »); talchè l'affermazione di Stefano non può da questo passo non ricevere una conferma sicura e l'altro frammento di Ulpiano una luce assai opportuna. Riferire, come già lo Stephan (1) ed ora assai più ingegnosamente il Lenel (2), la frase « ius sibi prohibendi esse » alla *operis novi nuntiatio* (cfr. D. 43, 25, 1 pr.), non è punto consentaneo all'intima armonia del frammento. Marcello contrappone proprio le due intenzioni come quelle di due formule gemelle alla intenzione della confessoria, e niuno pretenderà che Marcello peccasse di quella confusione, che il Lenel addebita ai bizantini recenziori (3).

Ne' Digesti quindi non mancano le vestigia della proibitoria; e tanto deve bastare, ove si consideri trattarsi di un rimedio che, come ora vedremo meglio, ai tempi di Giustiniano aveva perduto qualunque ragione di mantenersi in vigore.

IX.

La formula proibitoria fu probabilmente il modo, con cui primamente si applicò la formula petitoria allo scopo di escludere le indebite usurpazioni di servitù da parte dei terzi. E infatti il concetto di « prohibere » è quello che a tutta prima si affaccia alla mente: d'altra parte, la formula così conce-

(1) Loc. cit., p. 274.

(2) *Ztschr.* cit., pp. 76-78.

(3) La negatoria è concessa al condomino non solo da Marcello, ma anche — a ben vedere — da Pomponio: cfr D. 8, 2, 27, 1 “ *invito socio* in re communi *non habeas ius aedificandi* ”. Qui è manifesta l'allusione alle parole della formula: il giurista vuol provare che questa si adatta al caso.

pita « si paret A° A° ius esse prohibendi cet. » non presenta l' apparente anomalia di fondar la pretesa sulla mancanza del diritto altrui e non sull' esistenza del diritto proprio. È verissimo che quest'anomalia è solo apparente e la differenza solo formale; ma chi ripensi alle condizioni dell' antica procedura formulare, chi ricordi la cura che i giuristi da Ulpiano allo Pseudo-Teofilo pongono nel far rilevare la condizione reale delle cose, troverà sommamente probabile che la formula petitoria rivestisse qui un carattere positivo, anzichè negativo. La contrapposizione fra « ius non esse » e « ius esse » dovette, invece, sull'analogia delle antiche *legis actiones*, continuarsi nella sponsione e controsponsione, quando si fosse preferito agire per mezzo di queste; nè so qual fondamento possa addurre il Lenel per la sua asserzione che nelle *sponsiones* soprattutto dovette farsi parola del *ius prohibendi*. La sponsio verteva sull' esistenza o meno del diritto controverso. Tuttavia la formula « si paret A° A° ius esse prohibendi » non poteva bastare a tutti gli scopi. Non fa bisogno di grande perspicacia per intendere [1] come si possa bensì impedire e proibire ciò che non è ancor fatto, o che fatto può essere ripetuto; ma non ciò che è già stato compiuto nè è suscettibile di ripetizione. In altre parole, si capisce come si possa dare una formula del seguente tipo: « si paret A° A° ius esse prohibendi N^m^ N^m^ altius tollere » o « ire per agrum Capenatem »; ma non s' intende come si possa agire così: « si paret ius A° A° esse prohibendi N^m^ N^m^ ita aedificatum habere ». E fu allora che si dovettero vincere le ritrosie per una concezione negativa della formula e proporre la notissima « si paret N° N° ius non esse cet. » [2]. L' introduzione, però, della formula nuova, la quale come più comprensiva rimase predominante nell' uso, non fece cancellare dall' albo l' antica. Non era questo nell' indole del diritto romano, in cui i tipi vecchi sogliono sussistere lungamente accanto ai nuovi prima di sparire totalmente. Si pensi alla continuazione della formula *in factum* delle azioni di commodato e di deposito accanto alle recenziori formule *in ius*, e

---

[1] Zachariae, loc. cit.; Pernice, *Comm.* cit., p. 170 sg.

[2] Non ardisco sostenere che sia in rapporto con tale affermazione il fatto che l' intentio " ius non esse ita aedificatum habere " è attestata prima dell' altra " ius non esse aedificare "; su di che v. Voigt, loc. cit., p. 219.

si troverà punto inverosimile la continuazione della proibitoria allato alla negatoria, senza che perciò dobbiamo con la Zachariae stimare indegno del pretore il dilettarsi quasi di giochi di parole.

Ragioni speciali, che invece spingessero il pretore a far questo, e cioè usi particolari della proibitoria, a cui si mostrasse inetta la negatoria, io non saprei vedere: nè credo che le nostre attuali cognizioni di diritto e procedura romana ci permettano d' investigare. Lo Zachariae aveva (sul fondamento precipuo del D. 8, 5, 11) in verità sostenuto che la sola proibitoria e non la negatoria fosse esperibile da un condomino contro l'altro, poichè non era possibile dire che questi non avesse assolutamente il diritto. Ma questa conclusione non può ricavarsi dal passo marcelliano; ivi si parla del ***ius prohibendi*** in genere, comprendendovisi le due azioni negatoria e proibitoria [1] che si contrappongono così alla confessoria. Del resto, nulla osta a che il condomino possa convenirsi con la negatoria; la formula non è assoluta, come sembra credere lo Zachariae, ma precisamente relativa, stante l' inciso « invito A° A° » [2]. Più strano mi pare che all' acume dell' insigne giureconsulto alemanno sia sfuggita l' aperta allusione che fa Pomponio all' uso della formula negatoria per parte del condomino contro il condomino [3]. Lo Zachariae [4] aveva anche sostenuto la impossibilità logica di una negatoria publiciana, e invece ammesso che si potesse e dovesse dare all' uopo una proibitoria publiciana. Ma il ragionamento del maestro venerando si basa pur sempre sulla inosservanza di quelle due parole « invito me », che tolgono alla formula quel carattere generico e assoluto, che contrasterebbe con molte delle sue applicazioni [5].

---

(1) Cfr., per es., D. 8, 5, 8, 5: Dicit igitur Aristo eum ..... *prohiberi posse fumum immittere* .... agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, *ius ei non esse fumum immittere*.... (cioè con la negatoria).

(2) Cfr. PERNICE, *Comm.*, cit., p. 171.

(3) D. 8, 2, 27, 1 " ....quia *invito socio* in re communi *non habeas ius aedificandi* ".

(4) Loc. cit., p. 287.

(5) Recentissime comunicazioni dell' insigne maestro m' informano che egli stesso ammette che la formula proibitoria " keinerlei specielle Function im Gegensatze zur negatoria hat ".

X.

Il Voigt [1] ha, pur accettando l'esistenza di una formula proibitoria, esposto una ben diversa teoria. Come il processo formulare venne svolgendosi e perfezionandosi, si ebbero per le servitù prediali urbane due formule: « si paret ius non esse aedificandi » e « si paret ius non esse ita aedificatum habere »: questa, con funzione restitutoria; quella, con funzione meramente proibitoria. Per l' usufrutto, invece, non c' era che il vecchio tipo « si paret ius non esse utendi fruendi », al quale però si continuò ad annettere efficacia restitutoria; mentre per la funzione meramente proibitoria si venne poi creando il tipo proibitorio, su cui c' informa Stefano, mediante il quale si ottenne così un compiuto parallelismo con gli interdetti proibitorii e restitutorii. Noi non possiamo in alcun modo accogliere tali idee. Anzitutto non ci pare giustificato il restringere all' usufrutto il tipo proibitorio: Stefano invero ne parla in riguardo ad esso, ma pur con termini affatto generali per gli ἀσώματα, ossia per le *res incorporales*. Il passo marcelliano (D. 8, 5, 11), secondo la nostra esegesi, parla del tipo proibitorio precisamente in ordine ad una servitù prediale urbana. A tutto questo deve aggiungersi il nessun bisogno che vi sarebbe stato di creare il tipo proibitorio, data la preesistenza dell' altro « ius non esse utendi fruendi ». Che, trovato insufficiente un tipo, se ne sia creato un altro più efficace e comprensivo, pur mantenendosi in vita il primo, è cosa facilmente concepibile e pienamente conforme all' indole dello sviluppo del diritto romano. Ma la creazione di un tipo meno efficace dopo quello più comodo e più comprensivo non è in modo alcuno ammissibile, e tanto meno per il diritto romano; disconoscere questo equivale a rinunciare ad uno dei più sicuri criterii per fissare la relativa cronologia degli istituti.

---

[1] *Ueber den Bestand und die hist. Entw. der Servituten*, p. 220 sg.

Intorno all' ordinamento dell' Editto pretorio prima di Salvio Giuliano (*).

È assai disputato fra i moderni romanisti se Salvio Giuliano, riordinando per incarico del principe l' Editto pretorio, abbia mutato sostanzialmente la successione consueta per lo innanzi delle materie in esso disciplinate. Il Lenel (fortunatissimo restitutore dell' editto) opina che in tal senso Giuliano abbia mutato pochissimo. « In genere, così scrive egli (1), io non penso che sia stata grandissima l' opera di Giuliano nel riformare il sistema. Che cosa si direbbe di un moderno legislatore, che solo per contentare la propria tendenza sistematica mutasse radicalmente l' ordine consueto di un codice da gran tempo in vigore e da molti commentato? Io ritengo che Giuliano avrà accuratamente riveduto la forma dei singoli editti, avrà fatto aggiunte e cancellature, avrà qua e là migliorato il sistema, ma nella sostanza lasciato l' ordinamento dell' Editto quale l' ha trovato, quale s' era venuto formando per l' opera di cento pretori ». Di avviso alquanto diverso sembra invece essere il Krueger, il quale scrive così (2): « Le notizie intorno al lavoro di Giuliano insistono soprattutto sull' *ordinare edictum* e la partizione (del suo *Edictum perpetuum*) non è, in confronto degli altri sistemi, così cattiva da

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, 24, 1891, pp. 560-65].

(1) *Ed. perp.*, p. 12-13.

(2) *Gesch. der Quellen*, p. 90.

reputarsi indegna di Giuliano ». E appunto dal confronto delle *leges municipales* a noi pervenute il Krueger dedurrebbe che l'antica successione degli argomenti dell'Editto fosse assai più disordinata, che non nella redazione giulianea.

È per noi impossibile pronunciare un adeguato giudizio sull'ordinamento dell'Editto ai tempi repubblicani (1). Ma, per quanto concerne il tempo imperiale, mi sembra che la congettura del Lenel si possa confortare con qualche valido argomento. Oltre le ragioni addotte da lui e da noi riferite, si considerino anche le seguenti.

Del commentario *ad edictum praetoris urbani* di Labeone troviamo citato il libro I da Ulpiano (11 *ad ed.*, D. 50, 16, 19); ma simile citazione non arreca gran luce, trattandosi di una *definitio*, che nell'opera labeoniana poteva benissimo riferirsi a tutt'altro argomento che non sia la clausola commentata da Ulpiano. Abbiamo poi tre citazioni *ad edictum* o *ad edictum praetoris* solo con la citazione dei libri I (D. 11, 4, 1, 5), IV (Gellio, *N. A.* 13, 10, 3), XI (D. 4, 8, 7 pr.). Si potrebbe dubitare se tali singole citazioni si riferiscano al commento dell'Editto del pretore urbano o a quello del pretore peregrino; è tuttavia assai verosimile che, appunto perchè si dice senz'altro *edictum*

---

(1) L'ordine edittale (noto a noi per la redazione giulianea) si trova nell'opera, i cui frammenti nelle Pandette giustinianee si attribuiscono ai Digesti di Alfeno Varo. Il Lenel (*Palingenesia iuris civilis*, I, 38 sg.), opina che tali frammenti sieno tolti da un'epitome posteriore (diversa naturalmente dalla pauliana) per la ragione che non gli sembra verosimile che un'opera genuina di Alfeno sia pervenuta fino ai tempi di Giustiniano. Tale ragione non è però fortissima. Il Krueger ascrive tali frammenti all'opera originale; nelle note ricorda, senza aggiungere commento, la difforme opinione leneliana. Se realmente quei frammenti appartenessero all'opera genuina di Alfeno, sarebbe *certissimo* che già ai tempi di Cicerone l'editto del pretore urbano aveva potenzialmente lo stesso ordine, che si mantenne poi nella redazione giulianea. A me tuttavia pare che, se l'opera genuina alfeniana avesse seguito l'ordine edittale, Paolo nella sua epitome avrebbe conservato tale ordine, ch'era il più consueto e comodo, e non avrebbe riordinato l'opera in modo così singolare, da non aver riscontro in alcun altro dei sistemi conosciuti. Credo quindi che l'ordinamento originario dei Digesti di Alfeno siasi conservato nell'epitome pauliana; che, invece, l'altra epitome, di autore ed epoca incerta, abbia riordinato la materia secondo il sistema edittale. Sicchè non ci è lecito dedurre da ciò verun argomento per la nostra indagine. [Cfr. sul tema lo studio che segue (p. 169 sgg.)].

o *edictum praetoris,* s' intenda quello del pretore urbano [1]. E, se tali citazioni si riferiscono alla stessa opera, si avrebbe che Labeone nel I libro trattava un argomento, che nella redazione giulianea appartiene al principio dell' Editto e che è commentato da Ulpiano nel I libro del suo commentario: nel IV libro un argomento pertinente al titolo *de postulando*, che da Ulpiano è commentato nel libro VI e da Paolo nel V; nel libro XI un argomento del titolo *de receptis,* commentato da Ulpiano e Paolo nel libro XIII dei rispettivi commentari. Ora, la progressione 1, 4, 11 risponde bene all' altra 1, 5-6, 13 e indica un succedersi delle materie in ordine, almeno sostanzialmente, identico. E, se si continuano a riferire tali citazioni al commento dell' Editto del pretore urbano, cadono le congetture, per quanto ingegnose, del Pernice [2]. I dubbi ivi esposti ormai, dopo l'opera leneliana, si possono abbandonare.

Altro sussidio ci porgono alcune citazioni del commentario all' Editto di Sesto Pedio. Le materie trattate da Pedio nei libri VII e VIII rispondono a quelle commentate da Paolo nei libri IX-XI (D. 3, 5, 5, 13 (11); 4, 2, 7 pr.; 4, 2, 14, 5; 4, 3, 1, 4). Quelle trattate da Pedio nel libro IX rispondono a quelle trattate da Paolo nei libri XII-XIII e da Ulpiano nei libri XIII-XIV (D. 4, 7, 4, 2; 4, 8, 13, 2). Fin qui la progressione appare uniforme. La materia trattata da Pedio al libro XV ritorna al libro XXX del commento di Paolo e al XXIX di quello di Ulpiano (D. 14, 4, 1, 1; 15, 1, 7, 3). Finalmente nel libro XXV Pedio parlava delle *bonorum possessiones secundum tabulas* (Ulp. e Paolo libro XLI): cfr. D. 37, 1, 6, 2. Queste ultime citazioni, riferentisi a così lontane materie edittali, non permettono più una conchiusione sicura. Però dal fatto che il libro XV di Pedio risponde ai libri XXIX-XXX di Ulpiano e il libro XXV (se questa unica citazione è esatta, il che è naturalmente dubbio) al libro XLI pure di Ulpiano, non si può dedurre veruna conclusione contro l' opinione nostra. Anche i Digesti giulianei fino al libro XII (= Ulp. 29; Paul. 30) tengono nella trattazione delle materie una progressione proporzionale; ma espongono con larghezza relativamente mag-

---

(1) Cfr. anche KRUEGER, l. c., p. 143-144.
(2) *Labeo,* 1, pp. 57-60.

giore gli argomenti intermedi fino al titolo *de bonorum possessionibus*, per cui i libri XXIII-XXVIII rispondono ai libri XXXIX-XLIX di Ulpiano.

Le osservazioni precedentemente fatte rendono almeno verosimile che l'ordinamento delle materie nella redazione giulianea dell' Editto non si dipartisse sostanzialmente dall' anteriore. Rimane ancora un argomento di forza ben più grande. I Digesti di Celso seguono, come è risaputo, fino al libro XXVII incluso, l' ordine dell' Editto; e la successione delle materie, come ci apprende ora la *Palingenesia* del Lenel, è conforme (meno secondarie deviazioni, e tenuto conto di altre dottrine) a quella della redàzione giulianea. Ora mi sembra potersi dimostrare che i Digesti celsini sono opera anteriore al riordinamento definitivo dell' Editto perpetuo.

L' opera di Celso ha tutta l' impronta dei lavori anteriori all' età adrianea. Le autorità in essa addotte sono tutte dei giuristi che fiorirono prima di Adriano; l' opera più recente, ivi citata, sono le *Membranae* di Nerazio Prisco. Fra i nomi degli esempi compare più volte Attio (D. 28, 5, 60, 7; 46, 2, 26), che non troviamo più dopo l' età traianea (naturalmente qui non si discorre delle posteriori elaborazioni di giuristi anteriori, quali Q. Mucio o Labeone). Niun passo vi ha che accenni alla legislazione dell'età adrianea. Non v'è parola circa il S. C. Tertulliano (si pensi che gli ultimi libri dei Digesti son dedicati alle *leges* ed ai *senatusconsulta*); ora Celso, se avesse conosciuto una sì importante innovazione, che secondo la comune opinione avrebbe dovuto essere avvenuta ai suoi tempi, ne avrebbe dovuto largamente discorrere, e ci sarebbe rimasta almeno qualche citazione che ricordasse i suoi commenti. Non v' è parola circa il S. C. Giuvenziano. In D. 5, 3 occorrono vari frammenti celsini; non uno si riferisce a questo S. C. che pure, secondo l' opinione comune, sarebbe stato fatto prima ch' egli componesse i Digesti e sotto il consolato di lui! Possibile che neppure una citazione fosse rimasta di lui, s' egli davvero avesse conosciuto e commentato questo monumento giuridico, di cui egli sarebbe certo stato il più autorevole interprete? Non è poi assolutamente necessario riferire il fr. 30 *de leg.* 2 (31) al commento del senatoconsulto (di cui fa menzione Ulpiano XXIV, 28) dei tempi di Adriano. Probabilmente ivi Celso (37 dig.), in seguito al di-

scorso sui legati e fedecommessi dei libri precedenti (in occasione della lex Iulia et Papia), parlava del provvedimento dell' imperatore Nerva, cui anche il senatoconsulto si rannodava.

In Celso troviamo più volte affermate e dimostrate contro divergenti opinioni dottrine, di cui nell'età adrianea niuno più discute: per es., D. 12, 4, 16; 16, 3, 32; 6, 1, 49 e così via. Troviamo accenni (D. 4, 6, 26, 7) alla redazione edittale propria di taluni pretori (Gaio Cassio), che doveva aver maggiore importanza prima della definitiva redazione giulianea. Ma quello che dimostra, a mio avviso, la relativa antichità dei Digesti celsini è il modo con cui di Celso discorre Pomponio. Ma qui ci convien prendere le mosse un po' da lontano.

La notizia della Cronica geronimiana [1], secondo la quale Giuliano avrebbe redatto definitivamente l' Editto perpetuo nel 131-132 d. Cr., è oggidì da pochissimi ritenuta esatta. E ciò per due principalissimi argomenti. Il primo si è che qui fonte esclusiva della Cronica sembra essere Eutropio [2], nel quale però questa notizia non si trova, onde si dovrebbe ritenere un' aggiunta arbitraria del compilatore. Ma tale ragionamento non mi sembra troppo apodittico; come mai escludere assolutamente la possibilità che la notizia sia pervenuta al compilatore per altra via? Trattandosi di un dato cronologico così preciso, mi par meno probabile che si tratti di arbitraria congettura. L' altro argomento si è che Giuliano pubblicò la prima parte dei suoi Digesti prima del 129 [3] e, siccome in questi troviamo seguito l' ordine della sua redazione edittale, così questa vien presupposta anteriore. Ma anche in questo argomento s' insinua un' evidente petizione di principio. O, anzi. non potrebbero i primi libri dei Digesti, contenenti una così sapiente elaborazione dell' Editto, aver contribuito a indicare Giuliano quale persona singolarmente atta alla sua definitiva redazione? Comunque del resto si pensi su questo punto, è certo che l' incarico non dovette essere conferito a Giuliano in tempo molto anteriore a quello indicato dalla citata Cronica. Anzitutto perchè tale incarico non potè venire conferito che ad un uomo già

---

(1) SCHOENE, II, 167.

(2) MOMMSEN, *Abh. der sächs. Ges. der W.*, I, 673.

(3) FITTING, *Alter der Schriften*, p. 4.

maturo, e Giuliano visse abbastanza per essere in rapporti coi *divi fratres*; e poi perchè Pomponio, il quale scrisse certamente il *liber singularis enchiridii* sotto Adriano, ignora affatto (D. 1, 1, 2, 47) la redazione giulianea dell' Editto, mentre, se questa fosse avvenuta, non avrebbe potuto tacerne. D' altra parte, non è verosimile che Pomponio, che troviamo in piena attività letteraria dopo la morte di Antonino Pio, abbia cominciato a scrivere nei primi anni del lungo regno adrianeo.

I libri *ad Sabinum* di Pomponio sono anteriori alla pubblicazione pur della prima parte dei Digesti di Giuliano (1). Ora, in quei libri Pomponio cita spesso Celso, come persona già defunta (2):

D. 13, 6, 13, 1 (11 *ad S.*): nam et *Celsus filius* aiebat ...
D. 19, 5, 1 (15 *ad S.*): *Celsus filius* putabat ...
D. 21, 2, 19 pr. (11 *ad S.*): *Celsus filius* aiebat ...

Se, dunque, Celso era già morto (benchè da poco tempo) quando Pomponio scriveva i libri *ad Sabinum*, anteriori ai Digesti giulianei, la cui prima parte fu edita avanti il 129, si vegga se vi è probabilità che Celso abbia già conosciuto la redazione giulianea dell' Editto perpetuo e vi abbia conformato i propri Digesti.

---

(1) Fitting, *Alter* ecc., p. 8-9.

(2) Riesce, quindi, assai dubbio se il console dell'anno 129 sia il nostro giurista. Malgrado la cifra d'iterazione che coincide con la notizia pomponiana aver Celso due volte coperto il consolato, mi sembra che non sia il caso di identificare i due personaggi. Si noti che anche il prenome (Publio) dato al giurista non ha altro fondamento che tale identificazione.

Intorno ai Digesti di Alfeno Varo (*).

È noto come nelle Pandette giustinianee vi sieno due serie di estratti, di cui l'una porta l'iscrizione: « Alfeni Digesta », l'altra: « Alfeni Digesta a Paulo epitomata », ovvero: « Pauli epitomae Alfeni digestorum ». L'Indice fiorentino ha solo 'Αλφηνοῦ digeston βιβλία τεσσαράκοντα. Il modo di spiegare queste varie appellazioni è stato molto contrastato. Non mancò chi (1), sul fondamento dell'Indice, ritenesse che tutti gli estratti delle Pandette fossero tolti da una sola opera, cioè dal compendio pauliano. Ormai tale ipotesi è affatto insostenibile (e, a ben vedere, non si sarebbe mai dovuta sostenere, purchè si fosse intrapreso un esame anche superficiale della lingua e dello stile); gli studi sull'ordinamento della materia hanno chiaramente dimostrato che le due serie di estratti sono tolte a due opere differenti, nelle quali gli argomenti si succedono in affatto diversa maniera. E l'opinione oggidì prevalente si è quella che l'una serie di estratti sia presa dall'opera genuina di Alfeno, l'altra — come non si può dubitare — dall'Epitome pauliana.

Ma che l'originale lavoro di Alfeno (cui par proprio — come si vedrà dalle cose che soggiungeremo — si riferisca l'Indice fiorentino) sia in realtà stato adibito nella redazione delle Pandette, è stato recentemente negato da Ottone Lenel (2), che non reputa essere pervenuti fino all'età giustinianea i

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, IV, 1891, pp. 1-15].

(1) Così da ultimo il Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 485, nota 3.

(2) *Paling.*, I, 37.

Digesti genuini di Alfeno Varo. Comunque si pensi intorno a ciò, mi pare che a favore dell'opinione leneliana vi sieno tali argomenti da non permetterci di metterla in dubbio. Essi sarebbero, a mio avviso, i seguenti:

α) Il Lenel stesso ha dimostrato che l'opera, donde è presa la prima serie di estratti, era redatta sostanzialmente secondo l'ordine dell'Editto perpetuo. Non così l'Epitome pauliana, che segue un sistema affatto speciale. Ora, se già l'opera alfeniana avesse seguìto il notissimo e pratico ordine dell'Editto, non si vede perchè Paolo l'avrebbe abbandonato per attenersi ad una così nuova disposizione della materia;

β) Noi sappiamo da Giavoleno (5 *post. Lab.*, D. 28, 1, 25) che Alfeno nel libro I dei Digesti parlava dei testamenti (in armonia con la maggior parte dei trattati antichi); ora ciò non si accorda con l'ordine edittale, che sta a base dell'opera donde quei frammenti son tolti;

γ) L'opera genuina di Alfeno comprendeva, secondo l'Indice fiorentino, quaranta libri. Il libro XXXIV è citato in Gellio (7, 5, 1), e il XXXIX da Paolo (D. 3, 5, 21 pr.). L'opera, donde derivano gli accennati frammenti, trattava nel libro VII *de liberali causa* e *de publicanis*. Seguendo essa l'ordine dell'Editto, doveva — mantenendosi le proporzioni — assolversi in 11 o al più in 12 libri. Si dirà forse che Alfeno ha aggiunto un'appendice al suo lavoro e si ricorderà la citazione gelliana « in libro digestorum tricesimo et quarto, coniectaneorum autem secundo ». Ma la più probabile interpretazione di tali parole (che coincide con quella di altri esempi ben noti) si è che lo stesso argomento era stato da Alfeno esposto nel libro XXXIV dei Digesti e nel secondo di altra sua opera intitolata « coniectanea ». Ma concediamo pure che i « coniectanea » fossero una parte dei Digesti: essi sarebbero cominciati al libro XXXII, e il numero di trentun libri per l'antecedente trattazione rimane sempre incompatibile con l'argomento di cui si occupa il libro VII dell'opera adibita dai compilatori.

Se tali argomenti ci costringono a ritenere che questa ultima fosse un compendio anonimo, e diverso dal pauliano, dei Digesti genuini, dobbiamo però confessare che la lettura dei relativi frammenti trarrebbe chiunque in inganno. Lo spirito originale dell'opera vi è mantenuto: l'amabile semplicità

del dettato, la straordinaria e quasi ciceroniana purità del sermone, il carattere arcaico dello stile, la minuta esposizione del caso pratico che dà origine al responso — tutto, insomma, ci farebbe credere di aver davanti un giurista degli ultimi tempi della repubblica. E invero io non so conciliare i due fatti, parimenti innegabili, se non ammettendo che il cauto epitomatore siasi accontentato di riordinare il sistema e di scegliere una parte degli argomenti trattati, senza tuttavia mutare (e di ciò chi non gli sarà ben riconoscente?) sostanzialmente il dettato. Non di rado, come vedremo, appare il *respondi* in prima persona; più notevole è il passo (D. 38, 1, 26, 1) ove A. dice: « Item rogavi ... respondit (Servius) ». Il Kalb, il quale — cosa singolare — non ha posto mente alla nota del Lenel e crede quindi senza dubbio che i frammenti delle Pandette sieno presi dall' opera genuina, ha fatto varie e importanti osservazioni sugli arcaismi che vi si incontrano [1]. Le sue osservazioni ci possono giovare per confermare il fatto che l' Epitome anonima rispetta la forma del testo originale. Soprattutto è notevole che, a differenza della pauliana, l' Epitome nostra usa sempre il « neque » (solo una volta *nec magis*), che è davvero « der Echtheitstempel der archaischen Prosa, welchen die späteren Archaisten nicht ebenso wie auffallendere Erscheinungen imitierten ». Noi possiamo conchiudere che l' epitomatore non fece che trascrivere: s' egli avesse rifatto il testo di capo suo, non avrebbe certo osservato così scrupolosamente una minuzia sfuggita anche ai più oculati arcaisti del tempo imperiale. Ma, oltre le osservazioni del Kalb sugli arcaismi alfeniani, a cui rimandiamo il lettore, non piacendoci dire quanto è già stato detto, se ne possono fare molte altre. Che Alfeno amasse i diminutivi si può conchiudere dal fatto che riuscì a penetrare nell' Epitome di Paolo (contro le costanti abitudini del severo giurista) la voce « servulus »: D. 12, 6, 36. Nell' Epitome anonima l' uso dei diminutivi è affatto straordinario: « asellum », D. 9, 2, 52, 2; « servulum », ib., 52, 4; « mulierculam », D. 11, 3, 16; « partem parvulam », D. 19, 2, 27 pr.; « servulum », D. 40, 1, 7. La genuina forma del consulto col relativo responso è nella nostra Epitome ben man-

---

(1) *Roms Juristen*, pp. 36-42.

tenuta: nei frammenti a noi pervenuti si risolvono quarantun punti di diritto e di questi ben trentatre in forma di consulto e responso. E che in realtà l'opera fosse una collezione di consulti coi relativi responsi non può essere dubbio per veruno. Solo avvertirò che talune consultazioni erano fatte a scopo teoretico e non immediatamente pratico (cfr. pure Gell. 7, 5, 1; Iav., *post. Lab.*, D. 28, 1, 25. 33, 4, 6. Paul. *ad ed.*, D. 3, 5, 21 pr. etc.). La più consueta forma è *consulebat* o *consulebatur* ... *respondi* o *respondit* (Servius). Altra forma frequente è *quaesitum est* o *quaerebatur*... *respondi* o *respondit*. Una volta troviamo *interrogatus est* ... *respondit* e *rogavi* ... *respondit*: due volte la domanda in forma diretta coll' immancabile *respondit*. Una volta troviamo cenno di concordi responsi: « Annio consilium omnes iuris periti dederunt » (D. 8, 5, 17, 1). Negli otto casi, in cui manca la menzione del responso, è assai verosimile che i compilatori dei Digesti abbiano abbreviato il testo. Tra l'uso di « quaerere » e di « consulere » non c'è altra differenza se non che il primo si applica, oltre che alle domande fatte dal cliente nel proprio interesse, a quelle fatte dallo studioso per sua istruzione. *Interrogare* e *rogare* sembrano poi riferirsi più specialmente a quest'ultimo caso: sono le domande che gli *studiosi audiendi*, presenti al consulto del maestro, gli rivolgono per maggiore intelligenza di un dato punto: cfr. « *iterum* interrogatus est ... », « *item* rogavi ... ».

Interessante è il confronto con l' Epitome pauliana. Qui non solo non compare mai la persona di Alfeno, ma invece compare talora quella di Paolo; mentre nell'altra l'epitomatore non si manifesta in alcuna maniera. Cfr. D. 32, 60 pr. « *sed verius est* eos legatos esse, qui minores anniculis essent »; 33, 7, 16 pr. « supellectilem non contineri *verius est* »; ib. § 1 « instrumentum vineae nihil esse Servius respondit: qui eum consulebat Cornelium respondisse aiebat palos perticas rastros ligones instrumenti vineae esse: *quod verius est* ». Dove Paolo accoglie un'opinione difforme dal responso di Servio registrato da Alfeno! La forma di consulto e responso è mantenuta di regola anche in Paolo, ma pur con un cospicuo numero di eccezioni: di fronte, cioè, a quarantadue casi, in cui essa si trova, ne abbiamo ben ventisette, in cui manca. E pure occorrono frasi straniere all'antico stile alfeniano, per es. « deberi constat », « verum est », etc. Più volte si fa cenno solo del

responso e si tace della domanda (ho contato ben diciotto casi!): ora, se è conforme allo stile dei giuristi classici di esporre il caso e poi senz' altro dare la decisione preceduta dal « respondit », non era questo in alcun modo lo stile dei *veteres*, minuto e quasi pedante nella sua esattezza; e difatti non se ne trova alcun esempio nell' Epitome anonima. La frase così caratteristica dell' epoca sulpiciana « consulebat(ur): respondit » (e che infatti prevale nel compendio anonimo) è rarissima in quello di Paolo: trovo una volta « consulebat ... respondit » (D. 19, 2, 30, 2): una volta « consultus ... respondit » (D. 33, 7, 16, 2) e una volta finalmente « quidam consuluit ... respondit » (D. 10, 4, 19). Ma un accenno a quello che Paolo leggeva nel testo e sopprimeva nel compendio offre il già citato D. 33, 7, 16, 1: « ... Servius respondit: qui eum *consulebat* etc... ».

Tale confronto mira solo a far apprezzare la maniera fedele, con cui il compendio anonimo ci riproduce il testo alfeniano. Il confronto c' insegna anche come, di solito, le minute descrizioni delle fattispecie sieno state sacrificate da Paolo, che invece arreca il caso in poche parole. Egli provvede ai bisogni pratici del suo tempo e fa bene, per quanto a noi possa sembrare empietà inespiabile il mutare e rovinare la splendida latinità di Varo. Qualche volta però Paolo rispetta quelle descrizioni minute, ed è anche allora che le caratteristiche dello scrivere alfeniano ricompaiono nell' epitome sua.

Possiamo ora domandarci quando e come potè nascere il compendio anonimo. Tale determinazione è impossibile a farsi in senso esatto, appunto perchè l' epitomatore nascose così gelosamente se stesso e non lasciò trasparire vestigio alcuno della propria personalità. Solo possiamo avvertire che il compendio dovette farsi in un tempo in cui fiorivano tuttora i buoni studi e in cui opere simili potevano essere studiate con amore: molto prima quindi dei tempi della decadenza, quando Ammiano Marcellino mette assieme gli scritti di Alfeno alle leggi degli « Aurunci » e ad altre cose *iamdiu ignotae.* D' altra parte, un simile compendio non potè farsi prima che notevole parte dell' opera genuina alfeniana fosse divenuta antiquata e prima che l' ordine dell' Editto perpetuo si fosse fatto così comune negli scritti dei giuristi e nella prima parte dei « digesta » dell' età imperiale, da doversi stimare opportuno di conformarvi pur quello. Ora, ciò non potè avvenire prima

dell' età di Adriano. I termini, in cui verrebbe a restringersi così il tempo, nel quale potè apparire l' epitome, sarebbero da una parte il regno di Adriano, dall'altra quello di Settimio Severo, sotto cui Alfeno era tuttavia noto e adoperato. È però più verosimile, se ben consideriamo lo scarso uso che dopo gli Antonini si fa delle opere antiche, che il compendio sia apparso nella prima parte di questo pur sì lungo periodo.

L' Epitome pauliana è certamente fatta (come già prova l' ordine delle materie) sul testo originale, non sul compendio anonimo, di cui abbiamo fatto parola. Del resto, che Paolo conoscesse l' opera genuina di Alfeno, è chiaro dalle varie citazioni che si trovano negli altri suoi scritti. Notevole soprattutto la citazione nel IX libro *ad Edictum* (D. 3, 5, 21 (20) pr.), dove si cita il libro XXXIX dei Digesti alfeniani. Già la menzione del libro è un argomento forte per ritenere che Paolo citasse direttamente e non di seconda mano. Di simili citazioni non se ne trova che una nei « posteriores » di Labeone: del resto, è sempre addotto Alfeno, senza indicazione del libro. Notevolissimo è il contrapposto di Ulpiano (così solito ad addurre l' opera e il libro degli autori citati), il quale ben sei volte ricorda « Alfenus » o « Varus », ma senza nominare l'opera nè indicare il libro. È, questo, non l' ultimo degli argomenti che appunto Ulpiano non conoscesse l' opera di Alfeno. Ma c' è un' altra prova, che mi sembra di qualche momento. Gli autori, che citano Alfeno *de visu*, sogliono indicare che l' opinione da lui riferita appartiene a Servio. Non è, come vedremo, che tutte le decisioni registrate da Alfeno si debbano a lui: ma è certamente vero per la grandissima maggioranza dei casi, talchè Aulo Gellio, dove pur cita un passo che eccezionalmente si riferisce a un parere proprio di Alfeno, indica costui in modo ben caratteristico così: « Alfenus iureconsultus Servii Sulpicii discipulus » (*N. A.*, 7, 5, 1). Ecco i tre passi, in cui Alfeno è citato nei « posteriores » di Labeone:

Varus digestorum libro I Servium respondisse scripsit (D. 28, 1, 25).

Alfenus Varus Servio placuisse scribit (D. 32, 29, 2).

Alfenus Varus Servium respondisse scribit (D. 33, 4, 6 pr.).

Su due citazioni di Marcello ne troviamo una così concepita: « apud *Alfenum* Servius » (D. 46, 3, 67). E capiremo ora

benissimo perchè il fatto, che su quattro citazioni di Paolo tre si riferiscono a Servio, provi ch' egli (a differenza di Ulpiano) citasse direttamente l' opera originale:

Servius respondit, ut est relatum apud *Alfenum* libro XXXIX digestorum (D. 3, 5, 21 pr.).
Quod Servius apud *Alfenum* ita notat (D. 17, 2, 65, 8).
Servius apud *Alfenum* (D. 50, 16, 77).

Circa l' epitome pauliana dobbiamo solo avvertire che, benchè Paolo siasi diportato assai più liberamente dell' altro epitomatore, pure si guardò dall' aggiungere o sostituire molto del proprio, sicchè la sostanza del lavoro è tuttavia di Alfeno. Anche nella forma conservò più di quanto uno si sarebbe atteso, e ciò apparirà pur da alcune osservazioni che ci restano da fare.

L' opinione che i Digesti di Alfeno contengano esclusivamente, o in gran parte, dottrine di Servio Sulpicio è tutt' altro che nuova [1]. Se non che forse i migliori argomenti, per provare che la massima parte di quelli consiste nella riproduzione di pareri e responsi sulpiciani, furono negletti. Crediamo quindi opportuno di sottoporre nuovamente la questione ad un breve esame critico. Se noi consideriamo i frammenti dell' epitome anonima, troviamo che, mentre vi si legge sedici volte *respondit*, solo dodici volte si legge *respondi*. Che fra i due verbi (nello scioglimento delle antiche sigle) si possa essere operata qualche confusione, è oltremodo verosimile [2]; invece non è possibile che la differenza fra le due persone sia sorta semplicemente per errore ed equivoco di amanuensi. Il *respondi* va riferito senz'altro ad Alfeno: ciò non può essere dubbio per chiunque abbia presente il passo gelliano (*N. A.*, 7, 5, 1), dove è detto con tutta la desiderabile chiarezza. Il *re-*

---

(1) Cfr. già AUGUSTINUS, *De nom. pr.*, p. 17, n. *a* nel *Thes.* di OTTO, I.

(2) Un argomento non saprei ricavarlo dal fatto che " respondi „ in D. 9, 1, 5 è reso da Doroteo (Hb. V, 262): ὁ Σέρβιος ἀπεκρίνατο, come è reso altrove il *respondit* (per es., D. 40, 1, 6 [Hb. IV, 618]; 40, 7, 14 [Hb. IV, 699]). Sembra, infatti, che Doroteo traducesse così per una reminiscenza rimastagli che gran parte dei responsi riferiti da Alfeno eran di Servio, non per un attento controllo di ogni singolo caso con l' opera originale, che assai difficilmente aveva nelle mani quando scriveva il proprio Indice.

spondit invece chi avrà per soggetto? È quasi naturale pensare a Servio Sulpicio, dopo che troviamo in Doroteo sostituito più volte per evidente reminiscenza ὁ Σέρβιος ἀπεκρίνατο, dopo che troviamo due volte nell' Epitome pauliana « Servius respondit », dopo che nella maggior parte delle citazioni degli autori, che conobbero l' opera genuina, i responsi si trovano — come abbiamo visto — riferiti a Servio. Il fatto, che di fronte ai responsi serviani si trovano — benchè in minor numero — altri alfeniani, spiega bene perchè sulle quattro citazioni di Paolo (esclusi, s' intende, i passi dell' Epitome) se ne abbiano tre, in cui il responso o l' opinione è ricondotta a Servio, e una in cui è direttamente riferita ad Alfeno. Ora, possiamo credere che Alfeno (e quindi l' anonimo nella sua Epitome) riferisse, in principio dell' opera, che si trattava dei consulti e degli insegnamenti del grande maestro, senza poi nel corso del lavoro distinguerli altrimenti che con lo scambio della persona nei verbi (1).

Prima di addurre altre prove circa la parte spettante a Servio Sulpicio nei Digesti alfeniani, ci preme dichiarare che è di regola impossibile una distinzione qualunque nell' Epitome di Paolo. Eccetto i due casi, in cui questa dice « Servius respondit », e altri pochi, in cui l' origine serviana si arguisce per ragioni estrinseche, di cui toccheremo, qui non c' è lume che ci guidi a discernere fra la parte che si deve al maestro e quella che si deve al discepolo. È ben da credersi che Paolo mettesse costantemente « Servius » (come nei due passi conservati) davanti al *respondit*, qualora il responso appartenesse a Sulpicio (e, cioè, stesse « respondit » nell'opera genuina): ciò è troppo in rapporto col suo modo di citare, perchè a noi sia lecito di dubitarne. Ma poi i compilatori non rispettarono tanta esattezza, e noi stiamo davanti ad una fitta selva di « respondit » senza sentiero che ci conduca per essa. Veramente trovo, di fronte a ben trentasei *respondit*, due soli *respondi*; ma appunto tale proporzione (unita del resto al carattere già descritto del compendio pauliano) mostra che non è da farne alcun caso e che realmente qui abbiamo una svista degli amanuensi. Una volta (D. 33, 10, 6 pr.) si legge « puto ». Ma evidentemente si

---

(1) Cfr. sostanzialmente SANIO, *Zur Gesch. der röm. RW.*, p. 74-75.

tratta di un caso (poichè non sembra essere un' osservazione dello stesso Paolo), in cui dopo « respondit, ait, inquit » o simile parola seguiva il discorso in forma diretta. La distinzione, insomma, delle persone nel senso indicato va ritenuta straniera all' Epitome pauliana.

La materia serviana nei Digesti di Alfeno si dimostra anche con confronti di forma e di sostanza con le reliquie — purtroppo scarse — pervenuteci altrimenti delle dottrine di Servio Suplicio. Il Kalb nel su citato libro [1], dopo avere osservato che in Alfeno c' è più stoffa arcaica di quanta dovrebbe attendersi in uno scrittore di un ventennio più giovane di Cicerone, emise — senza conforto di prove — l' ipotesi che ciò potesse spiegarsi col ritenere che parte del testo alfeniano rimonti a Servio Sulpicio. Questa ipotesi ben a torto ha incontrato il sorriso incredulo di B. Kübler [2]. Bensì è molto strano che un uomo fornito di acume critico, quale è senza dubbio il Kalb, non abbia pensato di fare un opportuno confronto con tutti i ricordi, anche indiretti, degli scritti e dei responsi serviani. Io non soggiungerò che poche osservazioni, avvertendo solo che c' è assai più da mietere. È un campo, in cui io riconosco la potestà dei filologi, e m' inoltro cautamente temendo sempre che mi si dica « ius non esse N° eundi per fundum C. invito A° ». Ora troviamo in Alf. 2 *dig. a Paul. epit.* (D. 32, 60, 2) « habiturus *usioni* » e in Servio Sulpicio apud Gellium, IV, 1, 20 « *longae usionis* gratia ». L' uso di *penes* si trova frequente in Alfeno (D. 9, 2, 52, 1. 10, 3, 26. 15, 3, 16 e nell' epitome pauliana D. 5, 4, 9); cfr. Iul. in D. 41, 5, 2, 2 « negavit ... Servius ... possessionem *penes* eum .... » e Pap. in Vat. fr. 294 « *penes* fratrem ... Servio Sulpicio placuit ». « *Constituere* » troviamo due volte in Alfeno (D. 32, 60, 2; D. 50, 16, 203) per indicare ciò che prevale per l' autorità dei giuristi: cfr. D. 26, 1, 3, 4 « ... et ait Celsus Servium constituisse ... ». Frequente è l' uso di *quamobrem* (ob eam rem) in Alfeno (per es. D. 18, 6, 12. 19, 2, 27 pr. 50, 16, 202. 40, 7, 14 pr. 35, 1, 27): cfr. Servio Sulpicio *apud Gell.* IV, 4 « iudex *quamobrem* data

---

(1) *Roms Juristen*, p. 42.

(2) *Philologische Wochenschrift*, XI, 566.

non esset ... quaerebat ». L'avverbio *recte* appare spessissimo in Alfeno: D. 39, 2, 43, 1. 9, 2, 52 pr. 33, 8, 14 (bis). 50, 16, 203. 8, 3, 29. 46, 3, 35. 6, 1, 58. 19, 2, 30, 2 (bis). 19, 2, 31. Ora cfr. Gai, 2, 244 « an ... *recte* legemus, quaeritur. Servius *recte* legari putat ». Straordinariamente frequente è poi il verbo *videri* in Alfeno: D. 39, 2, 47. 9, 2, 52, 1; 4. 15, 3, 16. 50, 16, 202. 40, 7, 14 pr. 33, 8, 14 (bis). 40, 1, 7 (bis). 19, 2, 29. 39, 4, 15 (ter). 34, 2, 28. 50, 16, 203. 33, 1, 22. 35, 1, 28, 1. 32, 60. 33, 7, 16, 2. 21, 2, 44. 17, 2, 71. 18, 6, 15, 1. 19, 2, 30, 4. 18, 1, 40, 1. 50, 16, 205. 19, 2, 31. Così troviamo in Servio Sulpicio *apud Gell.* IV, 4 « si nihil iustae causae videbatur » e in IV, 1, 17 « videri debet »: cfr. pure D. 43, 24, 7, 4, Ulp. 71 *ad Ed.* (la citazione è presa però da Celso): « Servius .... nullam iniuriam aut damnum dare videtur »; D. 50, 16, 122, Pomp. 8 *ad Q. Muc.*: « Servius ait ... quoniam ... videtur ». Lascio stare altre osservazioni, poichè, come dicevo, miro più ad eccitare i competenti a fare le opportune ricerche, anzichè a fare io stesso un' indagine completa.

Più importanti per noi giuristi sono i raffronti di sostanza. Due sono spesso citati dai più recenti scrittori e sono i seguenti:

Alf. 3 dig. a Paul. ep., D. 19, 2, 30 pr.: « respondit: si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere ».

Africano 8 quaest., D. 19, 2, 35 pr.: « haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta .... est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est ».

Alf. 4 dig., D. 40, 7, 14, 1: « Servus, cum heredi annorum septem operas dedisset, liber esse iussus erat: is servus fugerat et annum in fuga fecerat. cum septem anni praeterissent, respondit non esse liberum: non enim fugitivum operas domino dedisse ».

Iav. 4 ex post. Lab., D. 40, 7, 39, 3: « 'Damas servus, cum heredi meo annorum septem operas solverit, liber esto' et is servus intra septem annos in iudicio publico esset et septimus annus praeterisset, Servius ait eum non liberari debere ».

Ma ve ne sono parecchi altri, di cui ecco i più notevoli:

Alf. 5 dig. a Paul. ep., D. 8, 2, 33: « Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum qui imponere vellet ».

Ulp. 17 *ad Ed.*, D. 8, 5, 6, 2: « sed evaluit Servii sententia, in proposita specie (scilicet in servitute, quae oneris ferendi causa sit imposita), ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda ».

Alf. 2 a Paul. ep., D. 32, 60, 2: « vina .... habiturus usioni ipse et heres eius ... in penu existimari ».

Servius apud Gell. 4, 1, 17: « ... quae longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur ... penus dicta sunt ».

Pap. 27 quaest., D. 31, 74: « 'Titio centum aureos heres praesens dato', deinde protulit diem legatorum: non est verum, quod Alfenus rettulit, centum praesenti die deberi, quia diem suum habuerunt ».

Ulp. 19 ad Sab., D. 30, 30 pr. § 2: « 'quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, eas heres meus annua bima trima die dato' ... quid si forte mihi centum legata sunt praesentia, utrum annua die dabuntur, an vero praesentia? et ait Servius ... praesens deberi ».

Alf. 2 dig. a Paul. ep., D. 33, 7, 16, 2: « quidam uxori fundum, uti instructus esset, in quo ipse habitabat, legavit. consultus de mulieribus lanificis an instrumento continerentur, respondit non esse quidem instrumenti fundi, sed .... dubitari non oportere, quin .... legatae viderentur ».

Ulp. 20 ad Sab., D. 33, 7, 12, 6: « ... lanificae ... non agri sunt instrumentum ... et ita Servium respondisse auditores eius referunt ».

Alf. 2 dig., D. 39, 2, 43 pr.: « damni infecti quidam vicino repromiserat: ex eius aedificio tegulae vento deiectae

ceciderant in vicini tegulas easque fregerant. quaesitum est, an aliquid praestari oportet. respondit, si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari: sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma aedificia convelleret, non debere ».

Ulp. 81 ad ed., D. 39, 2, 24, 4: « Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae deiectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum .... [1] ».

Confronta poi il passo di Ulp. 18 ad ed., D. 9, 1, 1, 4:

« ...ut Servius scribit, tunc haec actio (de pauperie) locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si... bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agitur »

con Alf. 2 dig., D. 9, 2, 52, 2-3. Soprattutto il riferimento al § 2 è innegabile. Questo ultimo esempio è tanto più istruttivo, in quanto che nei §§ 2-3 citati di Alfeno si legge *respondi*. Bisogna ammettere che gli amanuensi abbiano qui, come altrove, sciolto male la sigla. E non sarà inverosimile la congettura che pur nei digesti alfeniani la materia dovuta a Servio sia anche maggiore di quella che una prima lettura potrebbe far ritenere.

---

[1] Cfr. Sanio, l. c.

Ad Gai. 2, 51 (*).

« Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit. (q)uam (1) si ad alium bona fine accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum — nihil — ad (us)ucapionem nocet... ».

La prima parte fino ad « afuerit » è letteralmente (con l' unica trasposizione « nancisci possessionem ») riferita in D. 41, 3, 37, 1 con l' iscrizione: « Gaius libro secundo institutionum ». In luogo della seconda parte segue nel fr. 38 eod. un brano tolto al secondo libro delle *res cottidianae*, che espone il concetto medesimo in forma diversa: « quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet: sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet. abolita est enim etc. ». Perchè i compilatori delle Pandette abbiano preferito di soggiungere questo brano degli Aurei anzichè dar per intero il passo delle Istituzioni, è facile vedere. In generale troviamo che negli Aurei il concetto è esposto più chiaramente e largamente. Qui si accentua che non si possiede cosa nè *vi possessa* nè *furtiva*, mentre le Istituzioni dicono solo in seguito essere ripro-

(*) [Pubblicato in *Bull. ist. dir. rom.*, I, 1888, pp. 30-33].

(1) Cod. Ver. " *n* ": edd. pleraeque " *nam* ". " *quam* " habent Goe. Hu. Stu. Krue.

vata la sentenza di coloro che ammettevano la possibilità del furto di immobili. Bastava aver detto prima « potest aliquis sine vi possessionem nancisci », ma dir due volte le cose piaceva ai giustinianei. Inoltre, nelle Istituzioni si lascia capire che l'invasore della *vacua possessio* non usucapisce, negli Aurei si dice esplicitamente. Nelle Istituzioni giustinianee si è evidentemente approfittato della giustapposizione dei due brani fatta dai pandettisti, poichè il § 7 de usuc. (2, 6) risulta dalla fusione di entrambi. E questo può essere un indice per misurare quanto già fosse progredita anche negli ultimi libri l'opera coordinatrice delle Pandette, quando si riunirono in commissione i triumviri *institutionibus conficiendis*.

Un recente scrittore, il Kniep [1], ha invece considerato in modo assai diverso le relazioni intercedenti fra i testi citati. Egli vede in tutto ciò una prova sicura che il codice veronese non contenga le genuine istituzioni gaiane, ma una seriore compilazione, in cui esse sono state ridotte ed elaborate alla stregua delle *res cottidianae*. E il pensiero determinante di tale compilazione sarebbe stato lo stesso esposto più tardi da Giustiniano (prooem. Inst. § 6). Il grande argomento di Kniep è questo: che, se davvero nelle genuine Istituzioni di Gaio ad h. l. si fosse letto quello che ora si legge nel palinsesto, i compilatori dei Digesti non avrebbero cercato negli Aurei un brano che dicesse lo stesso, ma avrebbero addotto integralmente il passo delle Istituzioni. Eppure, siffatto argomento non può avere alcun valore di fronte al modo di procedere dei compilatori, i quali, se interrompono un brano di un'opera per continuare con quello di un'altra, non lo fanno sempre (nè forse di consueto) perchè l'ultimo contenga cose che non si sarebbero trovate nel primo. Il fatto, che in un luogo la stessa cosa si legge in forma più nitida, più diffusa, è stato spesso decisivo per la sua preferenza: così soprattutto si spiega perchè sovente, in luogo del riassunto dell' opinione di un giurista dato da un altro, siasi arrecato il brano originale dell' autore citato. Il § 51 ha poi in tutto (ove si eccettui la facile emendazione del « *quam* ») un carattere così genuino, e così coerente e stringato, che ogni idea di interpolazione manca d' intrinseco

---

[1] *Vacua possessio,* I, p. 461 sg.

fondamento. Chiunque, anzi, troverà assai migliore la forma del § 51 che non quella del fr. 38, da cui l'interpolatore avrebbe preso la materia della sua aggiunta. Fra tanti interpolatori meschini, che l'antichità ci ha fatto conoscere, è un vero onore far la conoscenza con uno così valente!

S'immagini poi davvero il testo gaiano originario terminante alla voce « *afuerit* », e si veda se un'esposizione così monca e feconda di equivoci per la mente dei poveri dupondii si possa attribuire a colui, nel quale tutti riconosciamo la magistrale felicità dell'esporre.

E c'è poi un altro argomento. Lo Pseudo-Teofilo ricasca qui, come di solito, nel κατὰ πόδας gaiano. Lo prova la menzione del vizio di furtività semplicemente e l'omissione del *vi possessum*, che invece occorre negli Aurei e nelle Istituzioni giustinianee. La parafrasi greca omette il *vi possessum*, come l'omette Gaio [1]. Bisogna dunque che gli esemplari orientali scolastici di Gaio, da cui pendeva il κατὰ πόδας beritese, contenessero qui tutto quello che contiene il codice veronese. Ma di quegli esemplari dovettero pur servirsi anche i compilatori delle Pandette!

Il Kniep afferma esistere altre tracce di questa seriore compilazione ed elaborazione. Aspettiamo che ce le mostri, per giudicare. Ma non persuaderà molta gente, se si limita a citare Gai. 2, 126: « Et hoc iure utebamur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus etc. ». L'*Antoninus* qui citato è — dice il Kniep — Caracalla (cfr. C. 6, 28, 4, 1): dunque, il passo non è il testo genuino di Gaio, ma contiene un'interpolazione. Ora, è verissimo che la costituzione ivi citata viene da Giustiniano riferita a Caracalla; ma tutti ora concordano nel riconoscere che questo è un errore dei giustinianei, ed un errore tutt'altro che

---

[1] " La cosa è libera da vizio: ma si potrebbe dire: la cosa è furtiva, poichè, se io scientemente vendo il fondo altrui, si deve ritenere che lo renda furtivo. Ma falsa è tal ragione: delle cose immobili non si commette furto ". Si vegga se questa non è una spiegazione scolastica di G. 2, 51: " nihil ... ad usucapionem nocet, (cum) improbata sit eorum sententia, etc. ". All'omissione del " *vi possessum* " si aggiunga l'esplicita menzione del " fondo ", che è nelle Istituzioni gaiane, ma non nelle giustinianee e non negli Aurei.

isolato, come anche il Fitting ha avvertito. A me par molto più ovvio ammettere che qui i giustinianei cadessero in un errore assai comune ai loro tempi, anzichè giudicare che sia interpolato e corrotto il testo gaiano, tanto più che nulla in tutto il contesto, conciso ed elegante, tradisce l'audacia di un tardo recensore.

Noi pertanto continuiamo a credere che il palinsesto veronese contenga le vere Istituzioni di Gaio.

Ad Festum 233ª, 3 (*).

Sotto questo titolo l'egregio prof. Cogliolo ha pubblicato in questo (Archivio XXXIV, 215 sgg.) alcune sue ingegnose proposte di nuove emendazioni ad un passo di Festo, che illustra la voce *possessio* ed è giunto a noi molto corrotto. Io non posso accogliere per le ragioni, che sto per dire, le accennate proposte; ma ben devo rallegrarmi che egli abbia ricordato agli eruditi che la questione esiste e che troppo forse facilmente tutti, o quasi, si sono adagiati alle emendazioni huschkiane.

Io non credo di dover approvare gli sforzi del Cogliolo per escludere da questo passo ogni norma giuridica. Si tratta di un passo che Festo o, meglio, Verrio Flacco ha preso dal libro di Elio Gallo « *de verborum, quae ad ius pertinent, significatione* ». È noto come negli altri passi di questo autore, riportati o citati in Festo, spesso si faccia menzione di norme giuridiche: v. *postliminium*, p. 218; v. *religiosus*, p. 278; v. *sacer mons*, p. 318. D'altra parte, spiegando la voce *possessio*, Elio Gallo doveva pur avvertire come non si debba confondere col *dominium*; egli, che avverte di non confondere il *reus stipulandi* con l'*adstipulator* (v. *reus*, p. 273), la *rogatio* con la *lex* (v. *rogatio*, p. 266), il decreto e il consulto del Senato (v. *senatus decretum*, p. 339).

Io non trovo pertanto strano che Elio Gallo, dopo aver osservato che la voce *possessio* non indica in diritto cosa corporale (tale significato aveva invece nel linguaggio comune: *possessio* per immobile è usato anche nelle nostre fonti), passi

---

(*) [Pubblicato in *Archivio giuridico*, 34, 1885, pp. 500-503].

a dire che bisogna ben distinguere il possesso dal dominio. Al Cogliolo il passaggio sembra un po' rapido; ma pensi che si tratta di un lessico, dove le osservazioni si succedono brevi e non coordinate come in un trattato; pensi che le parole di Elio Gallo furono compendiate prima da Verrio Flacco e poi da Festo, sì che una frase, che servisse di anello, potè facilmente venire omessa. Del resto, se si confrontano, per es., le spiegazioni delle voci *postliminium* (p. 218) e *religiosus* (p. 278), si trova lo stesso agglomeramento di osservazioni staccate. Il punto principale adunque della critica mossa dall'egregio professore ai tentativi huschkiani non mi pare molto fondato: veniamo alle critiche secondarie.

Si legge in quel passo: « *quid dicit se possidere his vere potest dicere* ».

Huschke emenda: « (*nec*) *qui dicit se possidere*, *is suam rem* (1) *potest dicere* ».

Il Cogliolo trova arbitrario ammettere che sia caduto il *nec* o *neque*. Ma se riflettiamo che in questo passo è caduto avanti alla voce *rebus* la preposizione *in* (Huschke) o *e* (Bruns) (2) e che simili omissioni offrono frequentissime il manoscritto di Festo e gli apografi suoi, non mi pare soverchia audacia ammettere che sia caduto *n* (= *nec, neque*) avanti a *qui*. In quanto alla lettera *h* preposta alla voce *is* si scandalizza troppo il Cogliolo; è questa appunto la lettera (3) che più facilmente i manoscritti aggiungono o tolgono a sproposito. Citerò solo un esempio noto a ogni romanista: nelle Inst. 3, 6, 10 si legge *habuerunt*, avanti alla qual voce fu dai copisti inserita l'altra *eos* o *eas*; mentre, secondo la felicissima divinazione mommseniana, il testo genuino dovè dire *abierunt* (4). Un esempio, invece,

---

(1) Cioè " isuare ".

(2) Ciò non ha avvertito il Cogliolo nella sua trascrizione di quel passo; niuno però negherà la necessità di riempire tale lacuna.

(3) E la ragione, specialmente dopo gli studi di Corssen, è abbastanza nota.

(4) Gli sforzi di Huschke nella sua edizione di salvare la lezione *eas habuerunt*, data dai manoscritti meno buoni, non sono riusciti, come confidiamo di dimostrare in un prossimo nostro studio sull'origine delle Istituzioni imperiali. Il Krueger accenna nelle note alle Istituzioni alla correzione di Mommsen e l'ammette poi come indubitata nelle note al C. 6, 4, 4, 10. [Cfr. vol. I, p. 125].

di omissione di tal lettera avremmo in Festo stesso (v. *postliminium*, p. 218), dove, invece di *hospicione* (almeno secondo una bella congettura di Hasse) (1), troviamo *opinione*, voce che in quel luogo è priva di senso.

La seconda congettura huschkiana, che emenda *ex his qui* con *ex ius qui* = *ex iure quiritium*, mi pare assai probabile. La frase si trova abbreviata precisamente così nei frammenti di Ulpiano del manoscritto vaticano; la mutazione di *ius* in *his* fatta da un copista, che non intendeva quella nota, è, come ognuno vorrà concedere, altamente verosimile; tanto più che, se pensiamo ai caratteri unciali dei vecchi manoscritti, tale mutazione è anche paleograficamente assai facile a spiegarsi: HIS, IUS. Il Prof. Cogliolo osserva non essere concepibile neppure ex contrario la frase *possessio ex iure quiritium*. Tale osservazione io non intendo bene. La frase *possessio sua ex iure quiritium* è assurda: ebbene, Elio Gallo, secondo l'emendazione di Huschke, dice appunto che è assurda, ed io non vedo perchè non lo possa dire. Giacchè ivi si allude alla intenzione del petitorio: « Si paret hanc rem meam esse e. i. Q. » e, per le cause centumvirali, al solenne « Aio hanc rem meam esse e. i. Q. », e si dice che tali azioni sono destinate al proprietario rivendicante, non a colui, che solo vuol affermare il fatto del proprio possesso contro le altrui turbative: *qui dicit se possidere.*

Le nuove emendazioni proposte sono, come dicevamo, ingegnose, ma non ci paiono accettabili. Al primo luogo così emenda il Cogliolo: « qui dicit se possidere hos vel rem potest dicere ». Ma *hos* non si può sinteticamente riferire a *fundus aut ager*, che stanno a tanta distanza, e poi non ha senso l'alternativa *hos vel rem.* Forsechè il *fundus aut ager* non sono *res?* Bisognerebbe almeno emendare *vel aliam rem*, dove certo non sarebbe facile spiegare come *aliam* sia caduto. Si aggiunga che tutto il costrutto di questa proposizione non riuscirebbe punto latino: *qui dicit . . . potest dicere*: io non credo che nè Elio nè Verrio nè Festo scrivessero così orribilmente; nè certo si esprimerebbe in modo così barbaro e inintelligibile l'egregio Cogliolo, se dovesse enunciare la stessa idea. Si attenderebbe piuttosto una proposizione di questo tipo: *si quis dicere velit*

---

(1) *Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae*, p. 40.

... *potest dicere.* Dove sarebbe tuttavia strana l' osservazione, che alcuno possa dire che possiede una cosa. Meno male se si dicesse: « tanto è vero che noi diciamo di possedere un fondo, etc. ».

L' altra emendazione è questa: *nemo (est) ex his qui possessionem suam vocare audet.*

Ex his; ma chi sono costoro? Questo pronome isolato, posto lì senza precedenti a cui possa riferirsi, non può certo stare. Il Cogliolo intende: *ex his qui dicunt se possidere* (1); ma perchè il testo avrebbe taciuto questa necessaria spiegazione? E poi non reggerebbe in sintassi latina la voce *audet;* bisognerebbe emendare *audeat.* Queste due ragioni (e soprattutto la prima) mi paiono rendere affatto inverosimile questa congettura, la quale, malgrado le osservazioni del Cogliolo, anche intrinsecamente soddisfa assai poco.

Intanto fa benissimo l' egregio Cogliolo a ricordare che le congetture huschkiane non sono che congetture, e che pertanto è cosa audace sul semplice appoggio di esse costruire nuove dottrine.

---

(1) Ma prima si ha *qui dicit se possidere;* ora come è spiegabile un richiamo di tale persona con un pronome plurale? E, anche se il testo avesse detto prima *qui dicunt ... possunt,* non si sarebbe dovuto dire *his*, ma *illis:* non si potrebbe riferire che a *legitimis actionibus.*

Intorno
ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni (*).

I risultati, che si possono ormai ritenere sicuri, circa l'origine delle Istituzioni giustinianee insegnano come il lavoro andasse diviso fra due commissari (riserbata al terzo la direzione generale), dei quali uno si assunse la compilazione dei primi due, l'altro degli ultimi due libri. Questa conclusione, a cui conduce l'esame della lingua e dello stile, è, a mio avviso, validamente confermata anche da quel poco che possiamo conoscere circa le fonti adibite nella compilazione dei vari libri e circa il modo di adoperarle. Lo studio attuale si può considerare appunto come un'indagine sulle fonti delle Istituzioni, delimitata però nell'ambito suo, come il titolo accenna.

Una ricerca generale risulterebbe certamente fruttuosa; ma già queste osservazioni parziali possono avere per la conoscenza delle fonti e per l'esegesi qualche interesse.

Prima di entrare direttamente in materia, mi permetto di accennare come anche uno studio dei passi del Codice citati o riferiti nelle Istituzioni sarebbe profittevole a questo scopo. Riguardo ai primi due libri, io trovo che una volta sola un intero passo del Codice ritorna nel testo delle Istituzioni ed è al § 2 del titolo 11 del libro I, ove, riferendosi le disposizioni della costituzione giustinianea in C. 8, 47 (48), 10, ciò si fa in gran parte adoperando le parole di questa. Anzi, questa costituzione emanata nel 530 non si potè dai compilatori trovare

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, 22, 1889, pp. 825-39].

in anteriori compilazioni, e quindi neppure questo esempio si riferisce propriamente al Codice. E si noti che le costituzioni giustinianee (o di Zenone o Giustino, che in quelle si trovano richiamate) vengono citate nei primi due libri ben cinquantatre volte (1).

Invece, nel terzo e quarto libro avviene molto più di frequente che si riproducano brani delle costituzioni, e non solo di Giustiniano, ma ancora di principi anteriori.

Un buon tratto della costituzione giustinianea C. 5, 27, 11 è riprodotto in I. 3, 1, 2ª; uno, più lungo ancora, della costituzione C. 6, 58, 14 è riprodotto in I. 3, 2, 3ᵇ–4. Un tratto della costituzione C. 6, 2, 20 è in I. 4, 1, 8 e uno, assai più lungo, della costituzione 22 §§ 1–2 eod. si trova al § 16 ibid. Il § 11 del titolo 13 dello stesso libro è preso in gran parte dalla costituzione antoniniana C. 2, 12 (13), 7. Finalmente il § 6 dell'ultimo titolo del IV libro (su questo titolo vedi le osservazioni che faremo più avanti) è parzialmente tolto dalla costituzione di Costantino, che si trova in C. 9, 17, 1.

E si noti che le citazioni delle costituzioni ascendono negli ultimi due libri a un numero complessivamente minore (45).

Colui, il quale si proponga lo studio dei passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni, si deve anzitutto porre il quesito, se i compilatori di queste hanno attinto direttamente alle opere, di cui si trovano gli estratti nelle Pandette, o se invece hanno approfittato di queste. La risposta al quesito si trova, benchè senza dimostrazione, già data da Krueger (2) e io credo che essa in generale sia giusta. Bisogna, cioè, distinguere fra due categorie di libri. Una categoria fu direttamente usata dai compilatori, l'altra invece no; bensì i compilatori si sono giovati dei frammenti che dei libri di questa si trovavano inse-

---

(1) La *constitutio divi Severi* (C. 7, 32, 1 = I. 2, 9, 5), i rescritti di Adriano (C. 6, 23, 1 = I. 2, 10, 7), di Antonino Pio (C. 6, 26, 1 = I. 2, 15, 2) e di Severo e Caracalla (C. 6, 37, 3 = I. 2, 20, 12) non sono citati direttamente dai compilatori, ma sì dagli autori, donde è tratto il testo delle Istituzioni. Così dicasi *a fortiori* di quelle costituzioni, che non si trovano nel Codice giustinianeo.

(2) *Gesch. der Quellen*, p. 341. Vedi però le limitazioni, che più avanti soggiungiamo.

riti nei Digesti, che, se non compiuti, certo dovevano essere bene avviati, quando si radunò la commissione per le Istituzioni. I libri della prima categoria sono: le Istituzioni e le *Res cottidianae* di Gaio, le Istituzioni di Ulpiano, Marciano e Fiorentino.

A queste opere mi pare di dovere aggiungere, per il commissario che compilò gli ultimi due libri, qualcuno degli scritti pauliani, e cioè le *Receptae sententiae* e il libro (?) sulle ingiurie (1). Infatti le Inst. 3, 19, 17 coincidono letteralmente con Paolo, donde è preso il testo della *Collatio* 2, 5 che si trova letteralmente riprodotto in I. 4, 4 pr., mentre non occorre punto nelle Pandette. Il Krueger (l. c.) invece di questi scritti pauliani adduce i *libri septem regularum* e il *liber singularis regularum* (quest' ultimo, però, con qualche titubanza) di Ulpiano.

Riguardo all' ultimo è verissimo che I. 2, 10, 8 coincide in gran parte con Ulp. 20, 6. È vero altresì che lo stesso passo occorre in D. 22, 5, 17; ma le interpolazioni che si riscontrano nei Digesti e nelle Istituzioni, pur mirando allo scopo medesimo, non poco si discostano fra loro nella forma, sicchè punto non è credibile che le Istituzioni qui pendano dai Digesti. Ma, d' altra parte, già lo stesso Krueger aveva visto in altro suo lavoro (2) (e a mio avviso aveva visto bene) che « am wahrscheinlichsten ist noch dass 2, 10, 8 .... nicht aus dem lib. sing. sondern aus den Institutionen (intendi di Ulpiano) genommen ist ». Infatti, che cosa più facile di questa, che le Istituzioni di Ulpiano in qualche punto coincidessero nella forma col *liber sing. regularum* dello stesso autore? Si pensi alle coincidenze notissime fra le Istituzioni e le *Res cottidianae* di Gaio. Meno ancora verosimile pare a me l' uso diretto dei sette libri *regularum*. I passi che si trovano nei primi titoli delle Istituzioni e dei Digesti possono facilmente essersi ugualmente incontrati nelle Istituzioni ulpianee (3); più facilmente

---

(1) Io qui non voglio indagare come debba leggersi l' intestazione della *Collatio* 2, 5; certo si è che non è punto verosimile l' esistenza di un libro pauliano *de iniuriis*.

(2) *Kritische Versuche*, p. 160.

(3) Si noti che il § 4 h. t. è preso dalle Istituzioni di Ulpiano; il § 2 sembra fattura dei compilatori: VOIGT, *Ius naturale*, I, 5; KRUEGER, *Krit. Versuche*, p. 156.

ancora i compilatori delle Istituzioni possono avere tratto direttamente quei passi dalle Pandette. L'unica difficoltà per tale congettura starebbe nella lezione ***tribuens*** delle Istituzioni di fronte alla lezione ***tribuendi*** delle Pandette. Ma la lezione è per l'uno e l'altro testo oltremodo incerta [1], e, mentre per es. i Greci ad D. 1, 1, 10 pr. leggono ἀπονέμουσα (tribuens), la versione, edita da me *(Theoph.* I, p. 4) e verosimilmente dovuta allo Pseudo-Teofilo, certamente vetustissima, di Inst. I. 1, 1 pr., legge τοῦ ἀπονέμειν = « tribuendi ». L'altro passo che si trova nelle Istituzioni corrispondente ai *libri regularum* (per quanto noti a noi per le Pandette) è il § 5 I. 2, 14 (= D. 28, 5, 51 (50) 2). Esso pare a me preso assai verosimilmente dai Digesti; i compilatori furono guidati a quel passo dalla topotesia del passo corrispondente al pr. eod. = fr. 49 (48) eod. Nè osta, come vedremo fra poco, il fatto che quest' ultimo passo appartiene alle Istituzioni di Marciano, libro che i compilatori delle Istituzioni avevano certamente fra le mani. Il trovarsi due passi di diversi autori vicini e nei Digesti e nelle Istituzioni sembra indizio grave per ritenere che ai compilatori di queste abbia servito di norma la topotesia di quelli.

Nè poi quella divisione dei libri nelle due accennate categorie mi pare da assumersi in modo assoluto. Certamente nella maggior parte dei casi i compilatori hanno adoperato direttamente i libri di una categoria, e invece per i frammenti di quelli delle altre si sono valsi dei Digesti; ma qualche eccezione e nell' uno e nell' altro senso pare a me che si debba riconoscere.

Anzitutto vi sono parecchi passi, in cui, pur trattandosi di libri della prima categoria, il testo delle Istituzioni pende da quello dei Digesti. Non si può certo negare che i compilatori delle Istituzioni abbiano avuto avanti gli occhi il vero testo gaiano in I. 1, 8 pr. - § 2 (= G. 1, 48 sg.). Ma che nel contempo essi abbiano avuto presente il passo gaiano, come è riportato nei digesti (1, 6, 1), è altrettanto innegabile per chi consideri le modificazioni identiche che nell' uno e nell' altro luogo s' incontrano. Tanto le Istituzioni quanto i Digesti aggiungono alla parola « causa » le altre « legibus cognita » di così

---

[1] Cfr. anche SCHRADER, ad I. cit., p. 16.

spiccato sapore bizantino; entrambi i libri mutano il « teneri » gaiano in « puniri » e a « sacratissimi imperatoris » sostituiscono uniformemente « divi ». E, perchè risulti evidente il modo di procedere dei compilatori, immediatamente dopo e nelle Istituzioni (§ 2) e nei Digesti (fr. 2) si riporta il rescritto ad Elio Marciano tolto dal libro VIII *de officio proconsulis* di Ulpiano — opera, che nessun indizio accenna essere stata direttamente adoperata nè dall' uno nè dall' altro compilatore delle Istituzioni.

Chi, per es., vedendo come Inst. 2, 4 pr. è tolto da D. 7, 1, 1 (= Paul. 3 *ad Vitellium*) e da D. 7, 1, 2 (= Cels. 18 *dig*)., crederà troppo ardito il supporre che l' incontro parziale del § 1 Inst. eod. col fr. 3 D. eod. sia dipendente dalla serie dei passi nelle Pandette, ancorchè l' ultimo frammento appartenga al 2° libro delle *Res cottidianae* di Gaio? Tanto più che riproduce certo assai meglio il testo genuino di Gaio il fr. 3 cit., che non il § 1. Si capisce, cioè, che Gaio, parlando dei fondi, cui non era applicabile il legato di vendicazione (la frase « omnium praediorum » è manifesto emblema), consigliasse l' uso della « damnatio », con cui indirettamente si può dar vita all' usufrutto; precisamente per tali fondi Gaio insegnava di adoperare le « pactiones et stipulationes » (cfr. Gai. 2, 31). Ma il porre, come fanno le Istituzioni, la diretta costituzione dell' usufrutto per testamento accanto alle « pactiones et stipulationes » sarebbe stata per Gaio una gravissima indecenza [1].

Viceversa è credibile che, mentre il compilatore dei primi due libri talvolta si valeva dei Digesti anche per le fonti pertinenti alla prima categoria, quello degli ultimi due consultasse direttamente qualcuna delle fonti pertinenti alla seconda. Si consideri, ad esempio, la struttura del titolo 9 del libro IV. Parte del proemio è presa da Ulpiano 18 *ad edictum* (D. 9, 1, 1, 10 e 3); il § 1 ibid. è preso dallo stesso libro di Ulpiano, ma il passo relativo si trova nei Digesti a così enorme distanza (D. 50, 17, 130), da non sembrar punto verosimile che il compilatore si valesse di questa fonte indiretta: nulla invece di

[1] Circa I. 2, 6, 7 credo ora che il passo, anzichè risultare dalla giustapposizione dei fr. 37, 38 *de usurp. et usucap.*, riproduca per intero il luogo delle *res cottidianae*, ond' è preso il fr. 38 cit. [altrimenti *supra*, p. 181 sgg.].

più probabile ch' egli avesse effettivamente sotto gli occhi il genuino testo ulpianeo. Così pure la citazione dell' ultimo titolo [1], « ut Gaius noster in interpretatione XII tabularum scriptum reliquit » (cfr. D. 50, 16, 233, 2), farebbe pensare a un uso diretto del libro gaiano ; cfr. I. 4, 3, 1 « sicut Aelius Marcianus in suis institutionibus refert ». Circa ai primi due libri è pur sempre notevolissimo quanto si legge in I. 2, 14 pr. : « Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert ». La citazione non può ascriversi alle Istituzioni di Marciano, da cui subito dopo si attinge il testo delle Istituzioni, perchè non si trova mai altra citazione di Paolo nei frammenti di Marciano. Forse qui la citazione deriva da una più larga redazione della costituzione giustinianea (C. 6, 27, 5), anteriore alla recezione di questa nel nuovo codice. Del resto, altre simili citazioni devono riferirsi, come i confronti dimostrano, alle stesse fonti da cui il testo delle Istituzioni nei rispettivi luoghi fu ricavato.

Prescindendo da questi casi, che siamo venuti annoverando, e ammettendo le aggiunte e detrazioni avvertite, nulla di più facile che il dimostrare :

a) l' uso diretto delle fonti della prima categoria ;

b) l' uso indiretto (a mezzo cioè dei Digesti) di quelle della seconda.

Cominciamo dalla prima dimostrazione.

I. Molte volte le Istituzioni danno un testo più genuino e più integro che non i Digesti. Ciò si può provare a proposito delle Istituzioni di Gaio ; e invero non solo troviamo, come è risaputo, nelle giustinianee moltissimi passi, che non si trovano nelle Pandette, ma pur vari passi, recati anche in queste, si hanno ivi più completi e sinceri. Cfr. per es.: G. 1, 97-99. 103. 104. 107 = I. 1, 11 pr. ; 1 9-11. D. 1, 7, 2. — G. 1, 155-156 = I. 1, 15 pr. ; 1. D. 26, 4, 7. — G. 2, 86 sgg. = I. 2, 9 pr. ; 1 sg. D. 41, 1, 10 etc. Per altre fonti non è possibile una così manifesta constatazione, ma tuttavia si può presumere lo stesso per validi argomenti. Per esempio, niuno dubiterà che l' ordine,

---

[1] Si vegga più avanti [p. 199 sgg.] la dimostrazione ch' esso pure appartiene al compilatore degli ultimi 2 libri.

in cui il testo del libro II delle Istituzioni di Ulpiano è riferito in Inst. 2, 3 pr.; 1-3 sia il vero, e non quello in cui gli stessi brani ulpianei si ritrovano nei Digesti (D. 8, 3, 1 pr. 8, 4, 1 pr. 8, 3, 1, 1. 8, 4, 1, 1) (1).

Nelle Inst. 1, 4 pr. la frase « et Marcellus probat » è certamente presa dal I libro delle Istituzioni di Marciano, mentre quella dei Digesti (1, 5, 5, 3) « et tamen rectius probatum est » tradisce la mano dei compilatori. I §§ 5. 9 del primo titolo del secondo libro delle Istituzioni parranno a chiunque riprodurre più completo il testo delle *Res cött.* e delle Istituzioni di Marciano, che non i corrispondenti passi dei Digesti (D. 1, 8, 5; 6, 4). Tutto fa credere che anche l'inizio di I. 2, 5, 1 sia preso dal libro secondo delle *Res cottidianae*, come la seconda parte di esso, siccome prova il confronto con le Pandette (D. 7, 8, 11); e invero l'intero contesto è così coerente e legato da non potersi ragionevolmente dubitarne. Circa I. 2, 6, 7 vedi le osservazioni incidentalmente già fatte. Analoghe osservazioni vanno fatte per I. 2, 7, 1; anche l'inizio del § sembra tolto dal terzo libro delle Istituzioni di Marciano, donde è tratta la fine. In mezzo c'è una manifesta inserzione dei compilatori, che va da « hae mortis causa » fino a « firmavit constitutio ». Ma le parole seguenti « et in summa etc. » si rannodano così naturalmente al principio del passo da mostrare che la parte mediana fu introdotta in un testo non compilato dall'istituzionista, ma già esistente e dovuto a un solo autore.

Per le Istituzioni di Marciano confronta inoltre I. 2, 18 pr., di cui anche la prima parte sembra presa da quelle (D. 5, 2, 2); e I. 2, 20, 16, dove la frase « teneri eum Iulianus scripsit » è certamente più genuina del « tenetur » dei Digesti (D. 30, 112, 1). Per le Istituzioni di Fiorentino (2) cfr., per es., I. 2, 16, 6 = D. 28, 6, 37 (per es. « si novissimus *impubes* morietur »). Cfr. inoltre I. 3, 26 pr. §§ 1-6 = D. 17, 1, 2 (Gai. 2

---

(1) Cfr. Bremer, *de Domitii Ulpiani institutionibus*, p. 65 sg. V. anche il Krueger, *Krit. Versuche*, p. 159 sg., il quale vorrebbe tuttavia una trasposizione anche nel testo delle Istituzioni. A me non par necessaria tale trasposizione, che poi offre molte altre difficoltà, ove si accolga la bellissima congettura di Huschke *ad h. l.*

(2) In I. 3, 16 fu certo tratto dalle Istituzioni di Fiorentino ben più che non appaia da un confronto con D. 45, 2, 7.

Rer. cott.) e I. 4, 5 pr. = D. 44, 7, 5, 4, cfr. 50, 13, 6 (Gai. 3 *Rer. cott.*).

II. Nelle Istituzioni si trovano spesso, l'uno in seguito all'altro o almeno molto vicini, passi di tali opere, che nelle Pandette sono assai discosti. Siccome è chiaro che tali brani dovevano essere vicinissimi o consecutivi anche nell'originale, così è naturale il ritenere che questo fosse avanti gli occhi dei compilatori, che non potevano più rintracciare quelle « disiecta membra » nel vasto campo dei Digesti. Scegliamo gli esempi dal II libro delle Istituzioni, che a questo riguardo è particolarmente istruttivo.

I §§ 18 e 19 del titolo 1° sono pure del V libro delle Istituzioni di Fiorentino, e anche nell'originale dovevano trovarsi vicini. Noi troviamo i due passi anche nelle Pandette; ma il primo è in D. 1, 8, 3, l'altro in D. 41, 1, 6. Così il § 37 e il § 40 sono presi dal II libro delle *Res cottidianae* di Gaio; ma nei Digesti il primo si trova al D. 22, 1, 28, l'altro al D. 41, 1, 9, 3. Il § 1 del titolo 5° deriva dallo stesso libro di Gaio, e così il § 7 del titolo 6°; ma nei Digesti i due passi si trovano l'uno in D. 7, 8, 11, l'altro in D. 41, 3, 38. I §§ 4 e 16 del titolo 20° sono presi dal VI libro delle Istituzioni di Marciano, e ritornano rispettivamente l'uno in D. 22, 3, 21 e l'altro in D. 30, 112, 1.

III. La stessa prova si deduce dal fatto che lo stesso passo fu interpolato in modo diverso per le Istituzioni, che non per i Digesti: segno evidente che i compilatori di quelle non approfittarono del lavoro fatto per questi.

Ecco alcuni esempi:

Gaio 1, 98 sg. parla dell'adozione, che si faceva *auctoritate populi*. A questa autorità dei comizi era successo nel diritto nuovo l'atto del principe. Le parole « populi auctoritate » sono nei Digesti sostituite dalle altre « principis auctoritate »; nelle Istituzioni da « principali rescripto ». Più avanti (1, 107) Gaio parla dell'adoptio, quae per *populum* fit. I Digesti riproducono « quae per *principem* fit »; le Istituzioni « quae per *sacrum oraculum* fit » (I. 1, 11, 11; D. 1, 7, 2, 2).

Gaio 2, 89 scrive « per eos usucapio procedit ». Le Istituzioni (2, 9, 4) hanno: « per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accedit »: le Pandette (41, 1, 10, 2) « unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis adquiritur ».

Ulpiano nel brano delle Regole (lib. sing. 20, 6), che verosimilmente si leggeva identico anche nelle sue Istituzioni, aveva detto: « alter testis alter libripens fieri possunt, alio familia emente ». Tali parole non potevano più riprodursi immutate in un libro giustinianeo; ma le Istituzioni (2, 10, 8) hanno: « utrique testes in unum testamentum fieri possunt », e le Pandette (22, 5, 17): « testes in eodem testamento vel eodem negotio fieri possunt ».

La tesi, dunque, dell'uso diretto per una categoria di libri è dimostrata; rimane ora a dimostrarsi quella dell' uso indiretto per la seconda categoria. Si vedrà con quanta ragione nel suo proemio Giustiniano annovera i Digesti fra le fonti per le Istituzioni.

La prova negativa si desume dall'assenza dei criteri, che siamo venuti fin qui enumerando; e la positiva soprattutto dal fatto che i brani, che si trovano vicini nelle Istituzioni, lo sono anche nelle Pandette, mentre nelle opere originali erano assai discosti. Non è credibile un incontro fortuito nello scegliere le stesse parole da luoghi discosti di un'opera o da diverse opere e collocarle vicino. Ecco vari esempi:

D. 26, 2, 5 e 6 sono presi rispettivamente dai libri 15 e 39 di Ulpiano *ad Sab.* I due passi concorrono a costituire I. 1, 14, 5. La fonte di questo non può pertanto essere dubbia.

Il D. 26, 10, 1, 2-7 è preso dal libro XXXV di Ulpiano *ad Edictum*, il fr. 2 ibid. dal libro I dello stesso autore *de omnibus tribunalibus*, il fr. 8 ibid. dal libro LXI *ad Edictum* pure di Ulpiano. I tre passi costituiscono successivamente il pr., il § 3 e i §§ 11 e 13 I. 1, 26.

Il D. 7, 1, 1 è tolto da Paolo lib. III *ad Vitellium*; il fr. 2 ibid. da Celso 18 *digestorum;* entrambi costituiscono I. 2, 4 pr.

Nel titolo *de v. o.* si trovano il fr. 38 §§ 17, 20 di Ulpiano *ad Sab.*, il fr. 87 di Paolo 75 *ad Edictum* e il fr. 42 di Pomponio *ad Sabinum;* essi costituiscono rispettivamente i §§ 19, 20, 22, 26 I 3, 19.

Il D. 46, 4, 8, 4 è tratto da Ulpiano 48 *ad Sab.* e si ritrova parzialmente in I. 3, 29, 1; nel D. 46, 4, 18, 1 si trova la formula aquiliana d'accettilazione riprodotta in I. 3, 29, 2.

Il D. 47, 2, 1 deriva da Paolo 39 *ad Edictum*, il D. 47, 2, 3 pr. da Ulpiano 41 *ad Sabinum*; i due passi si ritrovano in I. 4, 1, 1-3.

Dobbiamo qui soggiungere che l' uso dei Digesti nella compilazione del testo delle Istituzioni è (in perfetta relazione a quanto già osservammo per il Codice) assai più frequente negli ultimi due che non nei primi due libri. Certamente sta in relazione con ciò il fatto che, negli ultimi due libri, i Digesti sono assai più spesso citati.

Ne' primi due libri occorre una sola citazione (1, 10, 11) « quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri iure collectarum enumerari permisimus »; negli ultimi due ne occorrono otto: 3, 12 pr. « quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit » | 4, 6, 2 « in latioribus Digestorum libris » | 4, 6, 5 « ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine » | 4, 6, 37 « ex latioribus Digestorum libris » | 4, 13, 6 « ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris » | 4, 14, 3 « ex latiore Digestorum volumine » | 4, 18, 12 « ex latioribus Digestorum sive Pandectarum libris » | 3, 23, 2 « et in nostris Digestis latius significatur » [1].

Complessivamente si hanno nei primi due libri 18 paragrafi certamente presi dai Digesti, e 3 di cui lo stesso si può più o meno probabilmente presumere; negli ultimi due si hanno 35 paragrafi presi dai Digesti, ossia circa il doppio, mentre il corpo complessivo dei primi due libri equivale a quello degli ultimi due.

Dalle cose che fin qui noi siamo venuti osservando si ricavano due importanti conseguenze, di cui la prima relativa alla critica, l' altra alla storia del testo delle Istituzioni. La prima si è che, trattandosi di passi di opere della prima categoria, ben potrà darsi spesso che il testo delle Istituzioni renda meglio l' originale che non quello dei Digesti, mentre ciò non potrà darsi mai per le opere della seconda categoria. L' altra si è che per le precedenti ricerche rimane ben confermata l' opinione che ad un compilatore attribuisce la composizione dei primi due libri, e ad un altro quella degli ultimi due. In-

---

[1] Cfr. poi I. 3, 12, 1 " quod - non inseri nostris digestis concessimus ".

fatti, solo in questi si riproducono brani del Codice e con maggiore frequenza vi si trovano passi delle costituzioni emanate dopo il vecchio Codice; con frequenza assai maggiore vi si riferiscono brani dei Digesti. Anzi, parecchi titoli sono composti esclusivamente, o quasi, con frammenti delle Pandette; per es., 3, 18. 19. 25. Quasi solo in questi libri si citano (e assai spesso) i Digesti con frasi particolari, di cui non v' ha riscontro nei primi due libri. Negli ultimi due libri si consultano direttamente alcune opere, per cui non v'è traccia di uso nei primi due. La massima parte di queste particolarità (compresa la singolare maniera di citare i Digesti) si trovano anche nel titolo 18º del libro IV, e non si vede alcun motivo plausibile per negare che ne fosse compositore l'autore del resto del libro. Gli unici argomenti, ai quali (a ben vedere) si riduce la contraria dimostrazione del Grupe [1], sono: *a)* l'uso del verbo *extendere* coll' accusativo anzichè coll' ablativo e *b)* l' uso del verbo *com*mittere in luogo di *ad*mittere [2]. Ora, ognun vede il poco peso di questi due argomenti in confronto dei molti e gravi tratti dalla stessa intima struttura del titolo. Basterebbe a far pendere la bilancia a favore della nostra tesi la sola frase così caratteristica « ex latioribus Digestorum sive Pandectarum libris » [3], nonchè la naturalezza assai maggiore della supposizione che l' autore del titolo fosse quello del libro intero.

Ma anche quei due argomenti si infrangono ben presto. Il solo esempio di *extendere* usato coll' ablativo in 3, 27, 7 non prova certo quale fosse la predilezione dell' autore degli ultimi due libri, tanto più che questa costruzione s' incontra anche nei primi due libri (2, 19, 6). Anzi, io capisco benissimo che uno scriva « augmentum in — legatis et fideicommissis extendi » e invece « lex in eos, qui — aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit », giacchè là si tratta di indicare il campo del diritto, in cui deve svolgersi un istituto, qui la persona, contro cui la minaccia della legge è rivolta [4].

---

(1) *De Iustiniani Instit. compositione*, p. 42 sg.

(2) § 3 e § 8 I. cit.

(3) L' avverbio *aperte* (- *ius*, - *issime*) è esclusivamente proprio degli ultimi due libri: v. Grupe, *Commentatio*, p. 16. Ora, esso s' incontra anche nel nostro titolo, § 8.

(4) Cfr. Zumpt, *Lateinische Grammatik*[10], § 314, p. 276.

L' uso del verbo *committere* al § 8 cit. potè facilmente essere suggerito al compilatore dalla costituzione 9, 13, 1, che egli cita in quel luogo, dove esso s' incontra ben due volte (§ 1 qui huiusmodi crimen *commiserint*, § 1c post *commissum* tam detestabile crimen), seppur non l' ha trovato nelle Istituzioni di Marciano. A ogni modo, il compilatore degli ultimi due libri ha così poco orrore per tale verbo, che lo accoglie più volte, quando intesse nel suo lavoro qualche brano di autore: per es., 4, 8 pr. « si — iniuriam *commiserint* » | § 5 « si — noxiam *commiserit* » e « si liber homo noxiam *commiserit* » | § 6 « si servus domino noxiam *commiserit* » e « si alienus servus noxiam tibi *commiserit* ». In questo brano, tolto da Gaio, il verbo *committere* nel senso di « eseguire un' opera illecita » occorre ben 5 volte, senza che il compilatore siasi mai dato la menoma cura di introdurre la mutazione in « admittere », e ben mi par questo segno che egli non disamava tale espressione. Cfr. I. 4, 4, 1 « iniuria *committitur* » | § 3 « cum quid atrocius *commissum fuerit* » (G. 3, 220. 222), e molti altri passi. Ma v' ha di più. La fine di I. 4, 8, 6 è certo del compilatore e vi si legge: « quemadmodum si dominus in servum suum aliquid (d' illecito) commiserit » [1]; e il Grupe non pare essersene accorto! E io sono ben lungi dall'aver fatto una completa ricerca; per cui non sarebbe punto difficile che si trovassero altri esempi.

Lo studio del testo delle Istituzioni andrebbe sempre fatto con riguardo alle fonti loro: e così si potrebbe più agevolmente osservare quale fosse la vera mente dei compilatori, quale sia la preferibile lezione. Un esame comparativo e attento dei brani del I e II libro delle Istituzioni, che trovano riscontro nei frammenti delle Pandette tolti alle *Res cottidianae* di Gaio, mostra, per es., che il compilatore di quei libri aveva un mano-

---

[1] Evidentemente il verbo fu suggerito al compilatore dai brani precedenti tolti da Gaio, come in I. 4, 18, 8 dal C. 9, 13, 1. — Notevolissimo si è che subito nel principio del § 7 il verbo *admittere* è usato in tutt' altra significazione. Il fatto che I. 4, 1, 11 legge *admitteretur* e Gaio (3, 202) *committeretur* (su di che molto insiste il Grupe, p. 36 e p. 43) può anche dipendere da una variante del manoscritto adoperato dal compilatore. Notissime varianti di questa natura si trovano nei testi di Gaio riferiti nelle Istituzioni.

scritto delle *Res cottidianae* inferiore assai a quello che servì pei Digesti (e forse per gli altri due libri). Ecco pochissimi esempi segnati a caso:

Le I. 2, 1, 21 leggono « appulerit »; D. 41, 1, 7, 2 « attulerit »; questa deve ritenersi la lezione più corretta (cfr. Gaio nelle Inst. 2, 71 « per*tulerit* »).

Ib. § 29 « tignum alienum aedibus suis iniunctum »; i Dig., l. c., § 10 « iunctum »: senza dubbio la vera lezione, giacchè riproduce la disposizione delle XII tavole.

Ib. § 31 « arborem terra Titii presserit »; tenuto conto del mutamento solito di persona, il compilatore doveva leggere nel suo manoscritto « si vicini arborem terra mea presserit » (cfr. Pseudo-Th. in h. l.); mentre i Digesti leggono a ragione (ib. § 13) « si vicini arborem ita terra presserim » (che nella traduzione consueta darebbe per le Istituzioni « ita terra Titius presserit »).

Ib. « communis fit », D. ib. « communis est »: certamente la vera lezione, che esige anche il senso.

Ib. § 33 « perinde ... ac si », D. fr. 9 § 1 ib. « perinde ... ac ».

I. 2, 3, 4 « aedium vicini »: Gai. 2 rer. cott. D. 8, 4, 16 « aedium vicinarum », espressione assai più esatta.

Ora possiamo ponderare quale valore competa alla lezione delle Istituzioni (2, 1, 21) « videntur vicini fundo adquisitae esse » in confronto di quella dei Digesti (D. 41, 1, 7, 2) « videtur meo fundo adquisita esse »! [1]. Questa lezione dei Digesti, oltre che per il suo contenuto, si raccomanda perchè l'unica rispondente alla buona costruzione del periodo. Ma, prescindendo da considerazioni di altra natura (di cui tanto si occupò in questi ultimi tempi la scuola italiana), è chiaro che noi possiamo dire: se la lezione delle Istituzioni è (come pare) paleograficamente accertata, è sempre la lezione di un cattivo manoscritto delle *Res cottidianae*; la lezione dei Digesti è invece quella di un buon manoscritto.

---

[1] "vicini fundo" per "meo fundo" e sopra "vicini praedio" per "meo praedio". Sono i soliti artifici per togliere la prima persona singolare, che non è mai tollerata nelle Istituzioni, in cui si fa parlare l'imperatore. Se non che stavolta la sostituzione fu sgraziatissima, e manifesta o un'incredibile negligenza o una stupidità eccessiva. Il compilatore dei primi due libri sceglieva così bene le interpretazioni, come i manoscritti!

Le opere della prima categoria, che furono direttamente adoperate dai compilatori delle Istituzioni, andarono naturalmente soggette a interpolazioni, ora più ora meno intense che nei Digesti. Anche qui fino a un certo punto si lascia distinguere un diverso procedere dei due compilatori. Quello dei primi due libri non cita mai la fonte da cui attinge (ciò che invece fa talora, come vedemmo, l'altro); ma conserva volontieri i nomi degli autori che trova in essa citati. Cfr. I. 1, 4 pr. ove è conservata una citazione di Marcello, che nello stesso brano (di Marciano) riportato nei Digesti è scomparsa; così dicasi della citazione di Giuliano in I. 2, 20, 16; solo in I. 2, 1, 13 la citazione di Trebazio ha fatto luogo ad altra impersonale. Invece l'autore degli ultimi due libri non solo non conserva alcuna citazione, che non si trovi nei brani corrispettivi dei Digesti, ma omette talora pur quelle che sono nei passi attinti direttamente dai Digesti; per es., la citazione di Marcello (I. 3, 19, 20) e quella di Labeone (I. 4, 1, 2). Meno esatto è su questo punto (confuso con altri eterogenei) il Grupe [1].

Non dalle particolari abitudini dei compilatori, ma dalla stessa natura del lavoro deriva il fatto che nelle Istituzioni le interpolazioni tendenziose sono più frequenti che nei Digesti. La ragione che qui i compilatori non mettevano più in testa il nome degli antichi giureconsulti, donde traevano i passi, doveva già incoraggiarli maggiormente nell'opera interpolatrice: poi il fatto che qui un passo non è, come nelle Pandette, corretto e delimitato da molti altri. Anche la loro attenzione poteva mantenersi più vigile in un campo tanto più ristretto, in un numero di fonti così limitato, nell'assenza di intricate e difficili trattazioni.

Si confrontino nel solo titolo primo del libro II le seguenti interpolazioni che non hanno riscontro nei Digesti:

§ 29 « si non fuerit duplum iam persecutus ».

§ 40 « iure naturali » : D. « iure gentium ».

§ 43 « a domino » : D. « ab eo qui peregre proficiscitur ».

§ 37 « naturali iure dominii sunt fructuarii » : D. « pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii » etc.

---

[1] l. c., p. 40 sg.

La cancellazione della frase « bonae fidei possessoris » continua a sembrarmi una alterazione tendenziosa. Che simile interpolazione non siavi nei Digesti, nulla prova; giacchè si tratta di lavoro affatto diverso, fatto con diversa maniera e diverso intento, in tempo diverso, e probabilmente diversi erano i due commissari che nell' un caso e nell' altro adattarono allo scopo loro il brano di Gaio. Meno ancora vale l' argomento che la cancellazione dovette nelle Istituzioni dipendere dal fatto che già il § 35 parlava dell' acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, la cui menzione sarebbe pertanto parsa in questo luogo una inutile ripetizione. Appunto l' ordine dei §§ 35-37 (che del resto secondo ogni verosimiglianza sono tutti presi dalle *Res cottidianae* di Gaio) [1] dimostra l' avvenuta alterazione. Il § 35 parla dell' acquisto dei frutti da parte del possessore di b. f. di un fondo e arreca un motivo particolare a tale ipotesi; il § 36 viene invece a parlare dell' acquisto dei frutti da parte dell' usufruttuario di un fondo; poi il § 37 parla dell' acquisto dei frutti da parte dell' usufruttuario di animali, e perchè non si aggiunge la menzione, evidentemente mancante, del *possessor b. f.*? Non avrebbe, anzi, il paragone mostrato meglio la diversità di trattamento riguardo all' usufruttuario circa i frutti del campo e i frutti degli animali? La ragione, per cui si omise quanto in Gaio si conteneva, non può essere altra che quella che neppure in questo caso si può parificare nel diritto giustinianeo la condizione del *possessor b. f.* alla condizione del *fructuarius*, perchè il primo deve rendere nel diritto nuovo i frutti *non consumpti* [2]. Si vegga ora come nelle *Res cottidianae* la materia era lucidamente ordinata:

a) il possessore di b. f. fa suoi colla separazione i frutti del campo;

---

[1] Per ascrivere il § 35 (ammesse naturalmente varie interpolazioni) a Gaio c'è (oltre le ragioni estrinseche) una grave ragione intrinseca, e cioè la motivazione " pro cultura et cura ", che starebbe benissimo in bocca a colui, che il KRUEGER così felicemente ha indicato come il " Nachbeter des Pomponius ": *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 7, p. 105.

[2] La scuola italiana ha negli ultimi tempi molto trattato l'argomento; ma, pur divergendo assai nelle opinioni, sembra ora concorde nello escludere che il § 37 abbia subito una alterazione tendenziosa. A mio avviso, a torto.

b) l' usufruttuario fa suoi tali frutti solo con la percezione;

c) entrambi però acquistano con la separazione i parti degli animali;

d) al fruttuario incombe però il dovere della ***submissio.***

Nelle Istituzioni giustinianee tutto l'ordine è sciupato, non insegnandosi neppure se e quale diritto competa al possessore di buona fede sui parti degli animali. Che gli stessi Digesti dovessero rivelarci il procedimento dei compilatori, è una giusta nemesi della loro infingardaggine. Avrebbero, almeno nelle Istituzioni, potuto esporre in parole nuove le disposizioni del loro diritto, senza aggiungere al guasto recato agli istituti l' irriverente abuso delle antiche, e tanto migliori, scritture!

I libri ad Plautium di Paolo (*).

Fra i giureconsulti del primo secolo dell'era nostra ebbe grandissima celebrità Plauzio. Di lui non ci fu tramandato nè prenome, nè cognome, sicchè non abbiamo lume per riconoscere l'eventuale sua identità con alcuno dei numerosi *Plautii* o *Plotii*, che la storia o le iscrizioni ricordano: neppure ci è trasmesso verun accenno circa il titolo e la natura dei suoi scritti. Un' opera di lui ebbe epitomatori e commentatori numerosi. Nerazio, Giavoleno, Pomponio e Paolo hanno libri *ex Plautio* o *ad Plautium;* delle tre ultime elaborazioni pervennero frammenti nei Digesti di Giustiniano, ed è con tale aiuto che dobbiamo tentare di formarci un' idea dell' indole e del contenuto dell' opera originale.

Con erudizione e con grande attitudine si occupa ora un egregio compagno di studi (1) di talune ricerche, che in più punti s' intersecano colle presenti. Fui perciò dubbioso, se dovessi continuare o smettere, attendendo i suoi risultati: e furono le seguenti ragioni che mi fecero attenere alla prima alternativa. Or son già otto anni, io pubblicavo nei *Rendiconti dell' Istituto Lombardo* (2) una breve nota intorno a Plauzio. Nel frattempo e l' esame ripetuto dei testi e l' aiuto grande della *Palingenesia* di Ottone Lenel, che si venne pubblicando dal

---

(*) [In *Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Modena*, vol. X, 1894, *Sezione di Scienze,* pp. 169-194].

(1) Riccobono, *Bullettino dell' Istituto di diritto romano,* VI, p. 119 sgg.

(2) Serie II, vol. XVIII, p. 902 sgg. [= *supra,* p. 19 sgg.].

1888 al 1889, mi condussero a mutare di avviso in diversi argomenti. A quella mia nota, siccome contenente le mie opinioni su questa materia, si richiamarono, ora assentendo e ora dissentendo, il Krueger [1], il Gradenwitz [2], il Lenel [3] e testè il Riccobono; parmi, quindi, naturale di avvertire dove e perchè ho mutato di parere e dove invece tengo ferme le risultanze di quei primi studi. In secondo luogo m'è parso che fosse bene di offrire il modo agli altri studiosi di esercitare il loro acume critico anche su questo saggio, nello scopo — unico che possa proporsi uno studioso onesto — di agevolare la scoperta del vero.

Come ho detto, il critico ha davanti a sè un triplice ordine di reliquie: quelle del commentario di Giavoleno, quelle del commentario di Pomponio e quelle del commentario di Paolo. Si riferiscono questi tre commentarii alla medesima opera plauziana? La risposta affermativa sembra sicura, poichè altrimenti non si parlerebbe semplicemente di libri « ad Plautium » o « ex Plautio », ma s'indicherebbe, per distinguere, anche il titolo dell' opera commentata; come s' indicano le varie opere commentate od epitomate di Labeone, mentre si discorre senz'altro dei libri *ad Sabinum* di Pomponio, di Paolo, di Ulpiano, che tutti si rapportano ai libri « iuris civilis » dell' antico maestro. Inoltre Paolo cita, come vedremo, i commenti di Giavoleno e Pomponio, quali precursori suoi nell' esame del medesimo testo.

La serie di frammenti, che più importa al critico, è quella del commentario di Paolo, di cui abbiamo circa duecento frammenti, mentre non arrivano a quaranta quelli del commentario di Pomponio e solo 17 son quelli del commentario di Giavoleno. Inoltre, i due ultimi non contengono che un'epitome del testo di Plauzio, che invece appare spesso conservato nel primo. Si aggiunge che, come lo stesso titolo indica, Paolo ha elaborato l' intera opera plauziana, mentre Pomponio e Giavoleno non

---

(1) *Rechtsquellen*, p. 159 (vers. fr., p. 212).
(2) *Ztschr. der Sav.-St.*, IX, p. 394 sgg.
(3) *Paling.* I, 1147 n. 1; II, 13 n. 1.

ne hanno illustrato che alcune parti. L'opinione poi del Lenel [1] che Paolo commentasse più opere di Plauzio, sebbene in se stessa — come vedremo — non inammissibile, pure manca di ogni analogia, non che certa, neppur verosimile. L'ordine, quindi, naturale, che si presenta, è quello di assumere a fondamento delle indagini il commentario di Paolo e di valersi degli altri due quale mezzo di paragone e controllo.

Nel commentario di Paolo si è fatto tesoro delle elaborazioni antecedenti. Nè manca, infatti, di ricordarle: Nerazio, D. 18, 1, 57 pr. e D. 42, 1, 21; Giavoleno, D. 34, 2, 8; Pomponio, D. 12, 5, 9, 1. 41, 1, 48, 1. 9, 4, 31. 41, 1, 49 etc. Ma l'uso del commentario pomponiano appare evidente anche in taluni punti, in cui non ci è pervenuta l'esplicita menzione.

Si vegga, per es., il D. 5, 3, 43: « idque et Laelius probat, imperator autem Antoninus rescripsit ». L'imperatore rescrivente è Antonino Pio: cfr. D. 34, 9, 5, 1. Paolo avrebbe quindi dovuto dire: « divus Antoninus » (per es., 4 *ad Pl.*, D. 50, 13, 4 « divus Antoninus Pius »). Invece tale designazione è spiegabilissima nella fonte pomponiana, donde Paolo attinge: cfr. Pomp. 7 *ad Pl.*, D. 40, 7, 21, 1, « imperatorem Antoninum ».

Altri esempii son dati dalle citazioni di giuristi, quali Ottaveno, Aristone, Pedio: D. 9, 2, 33. 19, 4, 2. 47, 2, 67, 1. Cfr. i corrispettivi esempii in Pomponio *ex Plautio:* D. 40, 1, 13. 23, 2, 40. 1, 8, 10.

Buona parte delle stesse citazioni di Giuliano (non tutte: cfr., per es., D. 41, 3, 15 pr.) può risalire a Pomponio, che dei digesti giulianei fa nel suo commentario larghissimo uso. Un esempio, di cui mal si potrebbe dubitare, offre il D. 45, 1, 91, 3 e il § 6 dello stesso fr.

Che il sistema dell'opera di Paolo risponda a quello del lavoro genuino di Plauzio, è pienamente credibile. Paolo non suole alterare l'ordine degli scritti da lui elaborati; prova ne sia la sua epitome dei Digesti di Alfeno, che mantiene l'or

---

[1] *Pal.*, I, 1147 n. 1.

dine genuino, mentre l'altro compendio anonimo riordina l'antico testo secondo il sistema edittale (1).

Può ormai considerarsi come certo — per quanto i più minuti particolari ci sfuggano (2) — che l' opera di Paolo *ad Plautium* nella sua prima parte si conformasse all' ordine dell' Editto (3). Se non che io non andrei interamente d' accordo col Lenel rispetto alla designazione del contenuto degli ultimi libri. Secondo l' egregio romanista, l' ordine edittale non procederebbe oltre il decimo libro; in questo si sarebbe trattato della *operis novi nuntiatio* e del *damnum infectum*. I libri XI-XVIII sarebbero d' incerto contenuto: vi prevarrebbe tuttavia l' esposizione delle materie disciplinate dalle principali leggi, quali la *lex Iulia et Papia*, la *lex Falcidia*, la *lex Aelia Sentia*, etc.

Io credo che non s' interrompesse bruscamente la successione degli argomenti nell' ordine edittale. E intanto i frammenti del libro XI, per cui il Lenel dubbiosamente propone la rubrica *de testamentis et legatis*, mi paiono adattarsi egregiamente al titolo « de liberali causa ».

A questo libro appartengono 2 frammenti: l' uno è D. 30, 85, che fa l' ipotesi di un fundus legatus coniunctim (per vindicationem) a due: l' uno ottiene (4) con la vindicatio l' *aestimatio partis*: « alter si totum fundum vindicare velit exceptione doli pro parte dimidia repellitur ». Come simili questioni potessero sorgere in una trattazione attinente alla liberalis causa, prova il D. 40, 12, 8, preso dal libro 55 *ad Edictum* di Ulpiano.

Il principio del D. 50, 17, 175: « in his, quae officium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest » può riferirsi a più punti della stessa materia; il

---

(1) *Bull. ist. dir. rom.*, IV, p. 1 sgg. [= *supra*, p. 169 sgg.].

(2) È forse superfluo avvertire, che, dopo gli studi del Krueger e del Lenel, io non mantengo più le opinioni sull' ordinamento della materia in Plauzio, che ho esposto nei *Rendiconti* cit. [= *supra*, p. 22 sgg.]. È, in ogni modo, cosa che mi premeva di dire.

(3) Cfr. anche Lenel, loc. cit.

(4) Le parole " per actionem personalem „ sono interpolate: cfr. D. 6, 1, 68 e Lenel, *Pal.*, I, 1165 n. 6. Così il frammento non entra più per diritto classico a far parte della serie da me studiata nei *Legati*, p. 28 sg.

§ 1 ibid.: « non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit » può confrontarsi opportunamente, per es., con D. 40, 12, 22, 4: « heredi et ceteris successoribus scientia sua nihil nocet, ignorantia nihil prodest ».

Quindi, a mio avviso, si erano omesse le materie contenute nei successivi titoli edittali, che certamente meno si prestavano come oggetto di eleganti discussioni di diritto privato. I libri XII-XIII si occupano già degli interdetti. L'ordine edittale è dunque ripigliato.

Il lib. XII si occuperebbe ancora, secondo il Lenel, *de testamentis et legatis*. Io suppongo, invece, che già vi si illustrassero i primi [1] interdetti: *quorum bonorum, quod legatorum*, etc. Le questioni circa la possibilità o impossibilità di adire l'eredità potevano benissimo svolgersi nei confronti coll'*agnitio* della *bonorum possessio* a proposito dei primi due interdetti [2]; i passi relativi ai legati [3], e in ispecie l'ultimo, che parla della riduzione ed eventuale estinzione dei legati per effetto della Falcidia, potevano occorrere in una trattazione relativa all'*interdictum quod legatorum*. Pel n. 1187 (D. 40, 4, 38): *libertas testamento servo ita dari potest 'cum per leges licebit, liber esto'*, sono escogitabili varie relazioni (cfr., per es., D. 43, 5, 1, 7. 43, 4, 3, 3 etc).

Nel libro XIII continua la trattazione degli interdetti [4]: *uti possidetis* (1189), *utrubi* (1190), *de aqua cottidiana, de aqua aestiva* (il gruppo di passi raccolto sotto il n. 1191) e D. 50, 17, 176 (1192), che può riferirsi, come ha già visto il Lenel, a moltissimi argomenti della materia.

Nel libro XIV abbiamo una serie di passi relativi alle eccezioni. Continua quindi l'ordine edittale [5]. Oltre un frammento che parla dell'uso cumulativo di diverse eccezioni, il quale verosimilmente stava nella introduzione generale (n. 1195),

---

[1] Giusta l'ordine dell'Editto.

[2] Lenel, nn. 1183, 1184.

[3] Lenel, nn. 1185, 1186, 1188.

[4] Anche il Lenel pone qui la rubrica " de interdictis ".

[5] Il punto interrogativo apposto dal Lenel alla rubrica " de exceptionibus " può essere levato senza nota di temerarietà.

abbiamo frammenti relativi all'*exceptio rei venditae et traditae* (1194, 1196 pr.) e all'*exceptio doli mali* (1193, 1196 § 1).

L'ordine edittale continua evidente nello stesso libro con la materia delle stipulazioni [1].

Abbiamo, come suole nei commentarii edittali, nei digesti e nelle *quaestiones*, anzitutto la trattazione di argomenti relativi in genere alle stipulazioni e alle liberazioni, quindi — notisi bene — alle stipulazioni edittali con esplicito riferimento all'albo pretorio; i nn. 1203, 1204 si rapportano, a mio avviso, alla stipulazione edittale « evicta hereditate legata reddi », a proposito della quale doveva pur illustrarsi il concetto della evizione della *hereditas*. Quei numeri andrebbero quindi messi in fine, dopo i nn. 1205-1207. Rimane il n. 1208 (D. 25, 4, 3): « qui ventri substitutus est vel institutus, si ventrem servare velit, audiendus est ». Una così breve osservazione poteva incidentalmente occorrere a proposito di molte questioni: tuttavia mi par molto verosimile che debba qui leggersi « libro duodecimo » o « decimo tertio » anzichè « decimo quarto » (e cioè XII o XIII per XIV), sicchè il frammento si mande- rebbe con quelli relativi agli interdetti (ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit).

Qui poi cessa, per cessare della materia, l'ordine edittale. I libri XV-XVIII ci si presentano a mo' di *coniectanea* o supplemento. Si tratta di alcune materie, specialmente di diritto civile, di speciale importanza, per cui non s'era offerta nei libri precedenti opportunità di richiamo. Abbiamo nel lib. XV frammenti trattanti dell'usucapione e molti frammenti attinenti alla dottrina delle servitù. Non è difficile che si trattasse

---

[1] Il Krueger, *op. cit.*, p. 159 (vers. fr., p. 212) ammette pure che fino al libro XIV incl. continuasse l'ordine edittale, ma non si esprime circa il modo di coordinare tale giustissima asserzione coll'indole dei frammenti a noi tramandati. Secondo lo stesso autore, poi, il contenuto dei libri successivi sarebbe questo:

lib. XV, *usucapio* — *non usus* — servitù,

lib. XVI, nomina dei tutori da parte dei magistrati — manumissioni,

lib. XVII, incertezza sul valore dell'oggetto della causa — responsabilità per colpa nelle obbligazioni e loro *perpetuatio* — arricchimento ingiustificato,

lib. XVIII, *iurisdictio mandata* — onere della prova (?) — trasmissione delle azioni agli eredi.

anche *de adquirendo dominio;* il fr. 1218, che apparterrebbe a questo libro secondo l' iscrizione e che tratta della *confessio* nell' *actio legis aquiliae,* poteva appartenere a una discussione sulla *in iure cessio,* a proposito della quale un cenno sulla efficacia della *confessio in iure* non sarebbe stato inopportuno.

Il libro XVI parla delle *manumissiones servorum.* L'argomento sembra avere riempito il libro intero. Tutti i frammenti che noi possediamo vi si rapportano esplicitamente, meno il D. 50, 17, 1, che concerne la definizione e il concetto della *regula iuris;* definizione e concetto che, del resto, si potrebbero richiamare a proposito di qualunque trattazione giuridica.

Il libro XVII parla delle *condictiones.* È questa la terza delle materie sommamente importanti di diritto privato, per cui nei libri antecedenti non si era offerta sede opportuna di trattazione. Quindi cominciava l'argomento *de iudiciis.* A questo appartengono i passi raccolti dal Lenel sotto il n. 1231, con l' iscrizione: « *de iure domum revocandi* ». I frammenti si adattano benissimo a considerazioni attinenti alla legge Giulia giudiziaria, e del resto si rannodano, come vedremo, alla materia del libro successivo. Sicchè essi vanno collocati in fine, non in principio del libro, come fa il Lenel.

Il libro XVIII e ultimo continua l' argomento dei giudizii. I pochi frammenti a noi pervenuti discorrono della *mandata iurisdictio,* della posizione di attore in sede d' appello, del pregiudizio in cui si contende se il *filius* è o no *in potestate patris,* delle varie azioni che passano o non passano agli eredi.

Negli avanzi degli altri due commentarii non esistono sufficienti indizii per ricostruire pienamente l' ordine rispettivo; sono sufficienti gli indizii per negare che l' ordine loro fosse identico a quello del commentario pauliano. È chiaro che in essi non si delucidavano che alcune parti dell'opera genuina, e tutto fa ritenere che queste non si seguissero nell' ordine medesimo in cui erano in essa.

Rispetto a Pomponio, sembraci poter concludere (1):

Il libro I trattava della tutela e della cura (Paolo *ad Pl.* lib. VII, donde pure si evince che nell' opera genuina si dedicava una speciale attenzione al *curator furiosi*) (2). A proposito

(1) Diversamente il KRUEGER, l. c.

(2) LENEL, nn. 326, 327, 328.

del primo numero (D. 21, 2, 22, 1) « si *secundum mancipium* fundi quem emit mulier satis accepisset, etc. », deve considerarsi come certo che ivi fu cancellata la menzione dell' intervento del tutore; avvertasi che trattasi di una *mancipatio*, e avvertasi pure il pr. dello stesso frammento. Il numero 329 per sè non contiene verun accenno alla tutela (D. 46, 2, 21); ma ciò non toglie che incidentalmente una simile osservazione potesse farsi anche in tale trattazione.

Il libro II trattava delle eccezioni (Paolo 14 *ad Plaut.*); n. 330: *exceptio procuratoria* (e ad una osservazione ad essa relativa ben può revocarsi il n. 331); n. 332: *exceptio rei venditae et traditae.*

Il libro III trattava delle stipulazioni, specie pretorie (Paolo lib. XV: qui eccezioni e stipulazioni si susseguono, come nell' editto, in ambo le opere). I nn. 333-337 parlano in genere di stipulazioni e fideiussioni (l' argomento delle fideiussioni era capitale in una introduzione alle stipulazioni pretorie: cfr. anche Paolo, n. 1204); il n. 338 parla della novazione (il Lenel non a torto congettura, del resto, un nesso col § 5 del numero precedente: D. 45, 1, 91); il n. 339 si riferisce alla stipulazione « ratam rem haberi ».

Il libro IV si riferisce alla *res uxoria* (Paolo 6 *ad Plaut.*); per il n. 340 cfr. Paul. nn. 1122, 1123; per il n. 341 cfr. il n. 1131.

Il libro V si occupava dell' usufrutto (nn. 342-344). L' argomento dei nn. 346-348 sembra che si colleghi con quello dei nn. 352-354 del libro successivo, i quali pertanto andrebbero collocati in principio di esso. Nel qual caso si dovrebbe ammettere che qui si svolgesse la materia delle *condictiones*. Il n. 345 si rapporta a questioni di libertà fedecommissaria. Avremmo, a un dipresso, la successione degli argomenti, che trovasi ne' libri XV-XVII di Paolo (diritti reali, manumissioni, *condictiones*); in Pomponio, però, venivano scelti solo alcuni capi dei singoli argomenti, tanto che la materia si condensava in un libro e mezzo.

Il libro VI continuava, come s' è detto, a nostro avviso la dottrina delle *condictiones*; poi ne' passi raccolti sotto i nn. 349-351, che andrebbero invece posti in fine, si trattavano gli interdetti: Paul. lib. XII-XIII. Pei fr. raccolti sotto il n. 349 cfr. l' int.° « ne quid in loco publico fiat »; per il n. 350 cfr.

l'int.° « de mortuo inferendo » (1); per il n. 351 si può pensare all' int.° *unde vi* o a quello *quod vi aut clam* o anche all' *uti possidetis* (2). Tale modo di considerare questi frammenti mi pare ben preferibile alla congettura leneliana, che radunerebbe i nn. 349 e 350 sotto una rubrica *de rebus quae sunt extra commercium.*

Il libro VII si occupava de' legati (nn. 358-364), cfr. Paul. 8 e 9 *ad Pl.* L' affinità dell' argomento conduce a discorrere (come appare in tutte le trattazioni dei giuristi romani) anche della libertà lasciata direttamente per testamento — cfr. per es. Paul. n. 1177 : D. 50, 16, 80 — e quindi della *statulibertas*, nn. 355-357.

Che, però, qui non si limitassero gli argomenti trattati da Pomponio, appare dalle citazioni che del suo commentario si trovano in Paolo e dai passi in cui, pur non comparendo ora la citazione, l' origine pomponiana può ritenersi sicura. Così mal si dubiterebbe che si trovassero in Pomponio accenni alla *hereditatis petitio* (cfr. Paul. n. 1081 e *supra*), all' *emptio venditio* (cfr. Paul. D. 12, 5, 9, 1. 41, 1, 48, 1. 19, 4, 2), al furto (Pomp. n. 366, Paul. n. 1141); che la trattazione dell' *actio rei uxoriae* conducesse a questioni attinenti alle *donationes inter virum et uxorem* (D. 24, 1, 28, 4) (3). In altri casi, invece, si offre molto più verosimile la congettura che Paolo non citi od utilizzi il commentario di Pomponio *ad Pl.*, ma piuttosto il relativo commento all' Editto ; ciò mi sembra particolarmente chiaro per Paul. n. 1073, D. 2, 11, 10, 2.

Assai meno può dirsi rispetto a Giavoleno. Il libro I del suo commentario trattava dei legati; del II libro si sono conservati più frammenti trattanti della compravendita e in ispecie dell' *emptio venditio hereditatis.* Altri passi di questo libro sembrano iniziare un discorso sul dominio e i diritti reali, che forse continuava anche nel libro successivo (4). Forse a uno di questi libri deve rivendicarsi il n. 158 (II o III in luogo di IV : pegno? possesso?); per il lib. IV v'ha traccia di trattazione delle *condictiones* ; per il lib. V ogni congettura sarebbe temeraria.

---

(1) D. 11, 8, 1, 2.

(2) Lenel, II, 82, n. 2.

(3) È però molto probabile che si tratti di Pomponio *ad Sabinum.*

(4) Cfr. sul n. 156 Lenel, I, 299 n. 2.

Oltre i citati avanzi dei commentarii diversi possono illuminarci sulla natura dell' opera di Plauzio due citazioni, che si hanno di essa. La prima è di Ulpiano (17 *ad Sab.*: fr. Vat. 77), « omnes... auctores *apud Plautium* de hoc consenserunt »: l'altra è di Paolo (7 *ad Sab.*: D. 24, 1, 28, 3) « *apud Plautium* placuit ». In queste sole citazioni a noi pervenute è notevole che non si ricordi l'opinione di Plauzio, ma quella di giuristi patentati (*auctores*), di cui egli aveva nell' epoca sua raccolte le sentenze. Il valore di tali citazioni si conferma coll' esame dei brani di Plauzio espressamente indicati come tali nell'opera di Paolo. Noi vediamo in essi che di regola, posto un quesito, si facevano seguire le varie citazioni degli *auctores*: per es., D. 20, 4, 13: « insulam tibi vendidi et dixi... ius utrumque secuturum: Nerva Proculus etc. »; D. 34, 2, 8: « mulier ita legavit ' quisquis... damnas esto dare '. Cassius ait etc. »; D. 35, 1, 43 pr. « rogatus est heres...: Proculus Cassius.... aiunt »; D. 35, 2, 49 pr. « servo quem tibi legaveram fundum legavi: Atilicinus Nerva Sabinus.... Cassius etc. ». Si trova invece « constitit » (D. 39, 2, 22, 1), ossia l' accenno al pacifico accordo delle opinioni (cfr. pure D. 35, 1, 44, 10; e « omnibus placuit »: D. 3, 3, 61).

Molti altri brani del commentario di Paolo, che ora nei Digesti non vengono esplicitamente riferiti a Plauzio, ma che vanno ascritti a lui con tutta sicurezza (1), rispondono pienamente a quelli citati.

Sembra che brani del testo originario conservasse anche l' elaborazione di Nerazio: cfr., per es., D. 8, 3, 5, 1: « Neratius libris ex Plautio.... et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait » (2).

---

(1) Cfr. ora anche LENEL, *Pal.*, II, 13 n. 1.

(2) Cfr. quanto ho scritto nella *Ztschr. der Sav.-St.* R. A., 7, p. 86 sg. [= *supra*, 87 sgg.], dove ho indicato altre reliquie del commentario di Nerazio. Altre due ho indicato più sopra. Il KRUEGER (*loc. cit.*, p. 159) è incline ad ascrivere direttamente tali citazioni a Nerazio stesso. Ma citazioni cumulative non si trovano nei frammenti di Nerazio; Atilicino non è mai citato da lui. Poi si impone l'analogia coi frammenti sicuri di Plauzio. Se del resto Nerazio, epitomando Plauzio, ne riferiva le citazioni aggiungendo il suo assenso, il modo di esprimersi di Ulpiano nel fr. 5 § 1 sarebbe pienamente giustificato.

Nelle elaborazioni di Giavoleno e di Pomponio, dove, in luogo del testo di Plauzio, ci è fornito un semplice estratto, non si scorge facilmente tale carattere speciale dell'opera genuina. Qualche leggiera traccia v' ha tuttavia. Cfr. Iavol. 2 *ex Pl.*, D. 41, 4, 4: « Emptor fundi partem eius alienam esse non ignoraverat: *responsum est* nihil eum ex eo fundo *usu* capturum ». I nomi dei respondenti sono stati soppressi dall' epitomatore. Segue poi la nota di Giavoleno: « quod ita verum esse existimo etc. ». In D. 12, 6, 46 (4 *ex Pl.*), « dominus, ait, eos recte vindicabit », è caduto il subbietto dell'*ait*, se pure — come è più attendibile — questo non era stato espresso in un passo precedente omesso nelle Pandette. Ancora più scarse relativamente e dubbie sono le tracce nel commentario pomponiano: cfr., per es., D. 9, 4, 31. 22, 2, 2. 31, 11 pr.

Appunto per tali considerazioni io m'ero indotto a credere che l'opera plauziana fosse una collezione di responsi, e collegavo lo scopo di essa coll'evidente bisogno che di simili raccolte doveva provarsi in quel tempo, dopo che per un' intera generazione erasi esercitato il *ius respondendi*. Ora io penso di non avere così completamente colto nel segno. È certissimo che Plauzio raccolse nell'opera sua molti responsi in senso tecnico e che ebbe cura d'indicare i punti, per cui l'unanime giudizio dei rispondenti aveva levato ogni dubbio. Ma non era qui tutta l' opera sua, nè qui si esauriva lo scopo di essa. Mi pare ch'essa meglio si possa designare come una collezione di *quaestiones*, in cui molti problemi giuridici venivano esaminati e svolti, adducendosi le varie opinioni e i vari responsi, spesso da questi ultimi prendendosi anzi l'occasione e il tema. Lo scopo teoretico predomina; e non la semplice autorità dei rispondenti, quando non fossero d'accordo, ma l'efficacia degli argomenti stimavasi decisiva.

Molte volte Plauzio non adduce il semplice parere dei giuristi, ma anche i motivi di esso; donde si ricava non trattarsi di responsi tecnici. Notisi però che, dove si arreca l'opinione conforme di più giuristi con la motivazione rispettiva, nulla ci costringe a credere che tale motivazione fosse da tutti espressa: ben può darsi che taluni di essi manifestassero il loro avviso in qualche scritto, motivandolo, e che altri lo manifestassero in un responso, senza dimostrazione ma con tacito riferimento alle ragioni che a favore di esso solevano addursi.

Cfr., per es., D. 15, 1, 47, 3:

Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait; sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur; satis enim esse hoc solum ei tribui, ut etc. (1).

D. 45, 2, 17:

Atilicinus Sabinus Cassius... aiunt, quia hereditas eos obligat (2).

D. 35, 2, 49 pr.:

... Cassius... quia in eam personam legatum consistere possit: qua ratione etc.

D. 40, 7, 20, 3:

Sabinus... quia non staret per eum, quo minus daret.

Pure altre citazioni non bene si accordano con la ipotesi di semplici responsi.

D. 8, 3, 35:

et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba...

D. 5, 1, 28, 5:

... Sabinus Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.

D. 50, 17, 1:

(regula), ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

D. 50, 16, 79:

Utiles impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, [non] (?) deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur...

---

(1) Che il testo sia di Plauzio non può dubitarsi. Paolo ripiglia alle parole " et hoc iure utimur ". Cfr. esempi identici, dove i compilatori hanno mantenuto i testi anche esteriormente distinti: D. 35, 1, 44, 10. 35, 2, 49 pr. 35, 1, 43.

(2) Paolo comincia: " idem est cum ... ".

Nè troveremo ormai più difficoltà nell' attribuire a Plauzio stesso citazioni esplicite di scrittori:

D. 29, 2, 73:

.... et ita recte Labeo scribit.

D. 8, 6, 7:

.... Servius scribit perdere eum non utendo servitutem.

D. 5, 1, 26:

de eo autem qui adiit hereditatem Cassius scribit, quamvis Romae adierit hereditatem, non competere in eum actionem, ne impediatur legatio ... (1).

Cfr. pure D. 46, 8, 15.

Si aggiunge parimenti che parecchi brani, pertinenti al testo originario di Plauzio, hanno spiccato carattere dottrinale.

Cfr. D. 35, 1, 44 pr.:

Qui heredi dare iussus est, servo alieno instituto non domino dare debet. nam et si alio herede instituto iussus est servo Titii dare, ipsi servo datur, quia quae facti sunt non transeunt ad dominum; quemadmodum, si mihi aut servo Titii stipulatus sim, non Titio, sed servo eius dari potest... (2).

Cfr. il § 10 dello stesso frammento, esplicitamente attribuito a Plauzio, ed altri passi.

Ora, tanto il carattere più sopra rilevato dell'opera plauziana, quanto i fatti testè ricordati, si possono egregiamente conciliare, quando si ammetta ch' essa fosse una collezione di *quaestiones*. Siffatta indole del libro benissimo si accorda coi frammenti della elaborazione pauliana (3); appare meno evidente in quelli delle elaborazioni di Giavoleno e Pomponio, dove prevale la forma del compendio.

Nelle parti che risalgono all'opera genuina l'accenno alla *quaestio* non manca. L' uso del verbo *quaerere* per sè stesso non fornisce un argomento; ma la relativa frequenza con cui nelle scarse reliquie di essa appare il *quaeritur* ben può assumersi come un indizio rilevante.

---

(1) Paolo ripiglia: " et hoc verum est ".

(2) Paolo ripiglia: " et haec vera sunt ". Cfr. questa volta anche il Lenel, II, 14 n. 1.

(3) Come pure con le scarsissime reliquie del commentario di Nerazio.

Cfr. a proposito D. 9, 4, 31:

Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur, *quaeritur*, utrum ad pecuniae praestationem respiciat, an etiam ad noxae deditionem, ut puta si ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur. Sabinus et Cassius putant pretium quoque noxae deditorum imputari debere (1)...

D. 8, 6, 7:

Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, *quaeritur* quemadmodum non utendo amittatur (2)...

Lo stesso verbo nel medesimo uso si trova di frequente anche nella parte che spetta a Paolo; e ciò pure serve di riprova, poichè è naturale che l' elaborazione mantenga l' indole dell' opera elaborata. Qui noterò solo alcuni degli esempi più significanti:

D. 38, 1, 39, 1:

.... sequens *illa quaestio* est, etc.

D. 18, 1, 57:

.... Neratius ait *hac quaestione* multum interesse, etc.

D. 40, 7, 20, 1:

De illo quaeritur, si invito herede det aut nesciente, an faciat nummos accipientis....

D. 45, 1, 91, 2:

De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur....

Il D. 46, 3, 62 appartiene in parte a Plauzio. L' esposizione della fattispecie in prima persona con poche e precise parole corrisponde pienamente ai migliori esempi plauziani: « Dispensatorem meum testamento liberum esse iussi et pecu-

---

(1) Paolo ripiglia: " quod Pomponius probat et est verum ".

(2) In questo frammento v' è una lacuna e il noto emblema " statutum (constitutum) tempus ". A Paolo va riferito " idem et de itinere custoditur ", parole che ora, inserite senz'alcun avvertimento, turbano il contesto.

lium ei legavi: is post mortem meam a debitoribus pecunias exegit: an heres meus retinere ex peculio eius quod exegit possit, *quaeritur* ». La trattazione della *quaestio* fatta da Plauzio è ora andata perduta, e in sua vece ci rimane il commento di Paolo, che distingue se il *dispensator* riceve i pagamenti prima o dopo l'adizione dell'eredità, e nella prima ipotesi distingue nuovamente il caso in cui liberi e quello in cui non liberi i debitori: « si vero non liberantur — continua — *illa quaestio* est, etc. ».

Anche l'ordinamento dell'opera, quale fu sopra dimostrato, non contraddice punto alle precedenti osservazioni. L'ordine edittale ci appare, parzialmente almeno, seguito in tutti i *libri quaestionum* dell'età imperiale; perfino in quelli di Africano, che del resto si staccano grandemente dagli altri consimili. E, del resto, nulla di più naturale che tali esercitazioni, a preferenza scolastiche, si ordinassero secondo lo schema edittale. Che dopo l'insegnamento istituzionistico prevalesse nelle scuole giuridiche l'esposizione delle materie secondo l'Editto, è cosa attestata nel modo più sicuro per l'età della decadenza; ma tutto fa credere che risalisse ai tempi migliori della giurisprudenza.

Un esempio quasi contemporaneo a Plauzio ci è porto da Viviano. Io ho già esposto (1) l'avviso che questo giureconsulto commentasse l'editto pretorio; nè da simile opinione sono alieni il Krueger (2) ed il Lenel (3). Ma ora modificherei una tale opinione e stimerei più verosimile che Viviano compilasse una raccolta di *quaestiones* in correlazione al sistema edittale (4).

Le citazioni che si trovano in altri giuristi dell'epoca di Viviano rassomigliano singolarmente a quelle dell'epoca di Plauzio: D. 4, 9, 1, 6 « *apud Vivianum relatum est* »; D. 21, 1, 1, 9 « *apud Vivianum quaeritur...* »; D. 21, 1, 17, 3 « *apud Vivianum relatum est* »; D. 43, 16, 1, 45 « *apud Vivianum relatum est* »; D. 39, 2, 24, 9 « *apud Vivianum relatum est* »; D. 43, 24, 13, 5 « et *est apud Vivianum* saepissime *relatum* »:

---

(1) *Rend. Ist. Lomb.*, 1886, p. 735 sgg. [*supra*, 71 sgg.].

(2) *Rechtsquellen*, p. 138 (vers. fr., 210).

(3) *Paling.*, II, 1225 n. 1.

(4) La stretta attinenza coll'Editto si osserva anche nell'opera di Plauzio: cfr. in LENEL, Paul., nn. 1142 e 1178.

cfr. *Vivianus refert* D. 43, 16, 1, 41 e 46. E così si spiega anche la notevole citazione della *Collatio* (12, 7, 8), « *ex Viviano relatum est* » ; D. 29, 7, 14 pr. « quantum repeto *apud Vivianum* ».

Tali esempi presi isolatamente non hanno gran peso ; il loro cumulo (confrontato con la scarsità delle reliquie) fa invece molta impressione. Che da Viviano si trovassero addotte le diverse opinioni dei precipui *auctores* ed esaminate le loro controversie, è cosa che già da siffatte citazioni si può rilevare e che appare anche attraverso le scarsissime relazioni a noi pervenute : D. 4, 6, 35, 9 « Vivianus scribit Proculum respondisse » ; D. 21, 1, 17, 4 « idem ait : interrogatus Proculus de eo... ait » ; D. 29, 7, 14 pr. « Sabini et Cassii et Proculi ». Accenni a *quaestiones* vedi nel D. 21, 1, 1, 9 surriferito ; D. 43, 24, 13, 5 « quaesitum est.... et est apud Vivianum.... relatum » e soprattutto D. 29, 7, 14 pr. (dal libro VIII delle *quaestiones* di Scevola) : « quidam referunt, quantum repeto apud Vivianum, Sabini et Cassii et Proculi *expositam esse in quaestione huiusmodi controversiam* ».

Nei frammenti del commentario di Paolo ora si trovano distinti i passi appartenenti all' opera commentata (Plautius, Paulus), ora invece manca ogni segno distintivo. La ragione del vario procedere è pur quella che i compilatori intendevano di togliere tali indicazioni e di dare ai frammenti un'apparenza esteriore di unità ; ma che parecchie, invece, delle indicazioni rimasero per inavvertenza.

Possiamo noi sceverare con sicurezza l' elemento plauziano da quello pauliano, là dove l' esplicita indicazione non soccorre ?

In alcuni casi certamente : ed è dove appaiono quelle consuete citazioni di antichi *auctores*, nell' ordine e nella forma in cui ritornano nei brani espressamente attribuiti a Plauzio, mentre — almeno in tale ordine e forma — non appaiono negli altri scritti di Paolo [1].

Ecco una serie di tali passi : dove termino di trascrivere, s' intende che ritengo finita la parte di Plauzio.

---

(1) Cfr. quanto ho scritto nella *Zeitschrift d. Sav.-St.* 7, p. 86 sg. [= *supra*, 87 sgg.], e LENEL, *Paling.*, II, 13, n. 1.

D. 5, 3, 43:

Postquam legatum a te accepi, hereditatem peto: Atilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quam si legatum redderem.

D. 15, 1, 47, 1:

Sabinus respondit non alias dandam de peculio actionem in dominum, cum servus fideiussisset, nisi in rem domini aut ob rem peculiarem fideiussisset.

ibid. § 3:

Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus.

D. 17, 1, 45, 7:

Quod mihi debebas a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo: posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat.

D. 18, 1, 57 pr.:

Domum emi, cum ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt.

D. 23, 3, 56, 3:

.... si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui.

D. 22, 1, 38, 7:

Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur.

D. 9, 4, 31:

Quod ait praetor etc. ... imputari debere: cfr. supra.

D. 45, 2, 17:

Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset ... obligat: cfr. supra.

D. 45, 3, 32:

Si, cum duorum usus fructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio iuris esset.

D. 34, 3, 16; 18:

Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi, quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve, ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret. (Paul.: et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: totam enim locationem legatam videri) [1].

Cassius: etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet.

D. 8, 3, 35:

et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba etc.

D. 40, 7, 20, 3:

Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum quo minus daret.

D. 5, 1, 24, 2:

Sed si postulatur in rem actio adversus legatum, numquid danda sit, quoniam ex praesenti possessione haec actio est? Cassius respondit sic servandum, ut, si subducatur ministerium ei, non sit concedenda actio: si vero ex multis servis de uno agatur, non sit inhibenda...

---

[1] Cfr. Riccobono, *Bull. Ist. dir. rom.*, 6, p. 131 sgg.

D. 5, 1, 26:

De eo autem qui adit hereditatem Cassius scribit, quamvis Romae adierit hereditatem, non competere in eum actionem, ne impediatur legatio.

D. 5, 1, 28, 5:

Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnate, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci. sed Sabinus Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.

D. 12, 1, 31, 1:

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum.

Gli stessi passi sono indicati (meno il 2º e il 3º) dal Lenel in nota alla *Pal.* II, 13. Egli poi ne indica diversi altri, che a noi pure sembrano da attribuirsi a Plauzio, ma non con altrettanta certezza.

Il modo, con cui Paolo suole aggiungere le sue osservazioni a Plauzio, è degno di nota. Come nei libri *ad Neratium*, così in questi libri ora aggiunge una più ampia motivazione, ora sviluppa altre conseguenze, ora conferma con l'autorità sua e di altri le cose dette, ora passa all'esame di nuove e più complicate fattispecie: assai di raro contraddice. Sicchè nei libri *ad Plautium* e *ad Neratium* Paolo segue tutt'altro stile, che nelle note ai πιθανά di Labeone. Qui egli ordinariamente assume aria di critico; le sue osservazioni hanno per iscopo di battere o almeno restringere la portata di quanto è detto nel testo; esse cominciano quasi invariabilmente coll'avverbio *immo*. Invece nelle due prime opere l'osservazione spesso si rannoda al testo col *nam (enim)* o coll'*igitur;* troviamo spesso *hoc verum est, hoc iure utimur* e simili frasi. L'esame attento di tali frasi ci potrà pure dare un sussidio per distinguere

il testo plauziano dal commento di Paolo: l' osservazione non dev' essere però isolata, ma corroborarsi con l'analisi della parte antecedente; occorre, cioè, vedere se questa, per la concisa ed elegante esposizione del quesito, per la breve motivazione, per la purezza dello stile, sia tale da potersi ascrivere all'antico giurista. Qualcuna di quelle dizioni, che servono a rannodare al testo plauziano le note di Paolo (per es. *igitur*; *idem ... scribit*; *idem dici potest* etc.), ritorna anche in mezzo a discorsi certamente tutti pauliani, come prova una semplice occhiata alle *quaestiones* di Paolo medesimo. Per questo la cautela non sarà mai eccessiva.

Il Lenel ha fatto un bellissimo uso di tale criterio, rivendicando a Plauzio il D. 35, 1, 44 pr.; ma sonvi altri passi che si possono a lui rivendicare con altrettanta sicurezza. Noi qui daremo solo qualche esempio; poichè la completa ricerca dei passi di Plauzio può essere doverosa per chi ne tentasse di ricostruire la figura scientifica, nei confini del possibile; non per noi che, occupati di esaminare l'elaborazione di Paolo, possiamo contentarci di additare all'indagine i mezzi opportuni. Qui ometteremo pure qualche testo, che fu già più sopra indicato e riferito.

D. 46, 3, 59:

Si ita stipulatus sim: 'mihi aut Titio dare spondes?' et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta (pecunia) actio, potest adhuc adiecto solvere. et si a filio familias mihi aut Titio stipulatus sim, patrem posse [1] Titio solvere quod in peculio est.

Paolo ripiglia: « scilicet si suo, non filii nomine solvere velit, dum enim etc. ».

Cfr. per un simile modo di connettere l' osservazione al testo: D. 40, 2, 24 (Paul. 2 *ad Nerat.*); D. 46, 1, 67 (Paul. 3 *ad Nerat.*).

D. 2, 14, 32:

Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur.

---

[1] È caduta la citazione, che doveva trovarsi nel testo genuino e reggere l' infinito.

Il « placuit » conviene mirabilmente a Plauzio. Per simili espressioni in Plauzio cfr. D. 9, 4, 31 e sopra.

Paolo ripiglia: igitur si mandati actio nulla sit, etc.

Cfr. una forma di nota affatto simile in D. 35, 1, 96 (1 *ad Ner.*), ove non manca neppure il *dicendum est*.

D. 15, 4, 5:

Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, *nulla quaestio est*, quin ipsi condici possit.

Paolo: *immo* hoc casu de iussu actio non competit.

D. 12, 5, 9 pr.:

Si vestimenta utenda tibi commodavero (1), deinde pretium ut reciperem dedissem, condictione me recte acturum responsum est (2).

Paolo: quamvis enim propter rem datum sit, etc.

Cfr., per la forma e il carattere della nota, D. 7, 8, 23 (Paul. 1 *ad Ner.*).

fr. 9, 1 ibid:

Si rem locatam tibi vel venditam a te vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato vel vendito vel mandati (3) actionem: quod si ut id, quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit.

Paolo: idque et Pomponius scribit.

Cfr., per un simile modo di riferire l'assenso dei precedenti commentatori di Plauzio, D. 34, 2, 8 (9 *ad Pl.*).

D. 23, 3, 56, 3:

Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur.

---

(1) Pl. " dedero ".

(2) In Pl. eran probabilmente citati i respondenti.

(3) mandato?

Che il brano appartenga a Plauzio si prova, non tanto coll'analoga formola di altri luoghi plauziani (D. 9, 4, 31. 2, 14, 32); ma soprattutto coll'avvertire che a Plauzio appartiene, come sopra si è visto, il brano seguente « si pecunia et fundus in dote sint etc. », che è una continuazione di esso.

La nota di Paolo è la seguente: sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat. Poi segue un emblema [1], poi torna a parlare Plauzio [2].

D. 47, 2, 67, 4 [3]:

Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo.

Paolo: scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, etc.

D. 34, 2, 7:

Si ita esset legatum: ' vestem meam, argentum meum damnas esto dare ', id legatum videtur [4], quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intellegeretur, si aliud comprehensum non esset [5].

Paolo ripiglia: idem est et si quis ita legaverit ' servos meos '.

Per la forma della nota v. D. 45, 2, 17.

D. 7, 8, 18:

Si domus usus legatus est sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis quam usuarii.

---

(1) LENEL, *Pal.*, I, 1156 n. 2.

(2) Per la forma della nota cfr., per es., D. 24, 1, 63. 45, 1, 140, 1 (Paul. 3 *ad Ner*).

(3) Più brani di questo fr. sembrano appartenere a Plauzio; specialmente il pr. e il § 2.

(4) In Pl. stava più specialmente il nome di qualche autore: " id legatum videri ... ait ". Una traccia sta nel congiuntivo " intellegeretur ", che presuppone orazione obliqua.

(5) Qui segue ora nelle Pandette un glossema: " nam cum dicit (chi?) ' vestem meam, argentum meum ', hac demonstratione ' meum ' praesens, non futurum tempus ostendit ". Ma se è già stato detto!

Paolo: videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat etc.

D. 46, 3, 63:

Si debitor sit servi fructuarius, potest is servus per acceptilationem liberare eum: videbitur enim ex re eius adquirere.

Paolo: idem in pacto dicemus.

D. 45, 1, 89:

Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: 'quidquid te dare facere oportet', non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet.

Paolo: in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet [1]. si autem adiciatur etc.

D. 8, 6, 7. V. sopra.

D. 39, 3, 17, 2 [2]:

Via publica intercedente, haustus servitutem constitui posse placuit.

Paolo: et est verum: sed non solum si via publica interveniat etc.

D. 41, 3, 15, 1:

Si servus quem possidebam fugerit, si pro libero se gerat, videbitur a domino possideri [3].

Paolo: sed hoc tunc intellegendum est, cum etc.

D. 12, 4, 9:

Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi, nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet.

Paolo: sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi etc.

Come ripetiamo, non è pretesa nostra il rintracciare qui tutti i passi, che la critica può rivendicare a Plauzio. Ora si tratta solo di avvertire alcuni degli esempii più cospicui.

---

(1) Ripete il ragionamento del testo.

(2) Non è la sola parte del frammento, che spetti a Plauzio.

(3) " videri eum a domino possideri ... ait „ Pl. Il *videri* è, del resto, tecnico per il responso. Cfr. però D. 46, 3, 63.

Non possiamo però tralasciare di avvertire come vi abbiano frammenti da rivendicarsi per intero a Plauzio (per es. D. 11, 1, 13. 50, 16, 79); altri che risalgono a lui, benchè fortemente abbreviati o da Paolo stesso o — più verosimilmente — dai compilatori: cfr. per es. D. 2, 11, 10, dove si aggiungono molti emblemi; D. 35, 1, 44, 6-8. Al § 8, in luogo di *quidam aiunt*, stavano i nomi degli autori: il « sed ego contra puto » è nota pauliana. Cfr. pure D. 15, 1, 47 pr. e 2: il § 1 e il § 3 sono già stati sopra rivendicati a Plauzio per altre ragioni. Talora, come si è visto, ci è rimasto il quesito, quale fu da Plauzio formulato (un perspicuo esempio in D. 46, 3, 62); ma, invece della sua trattazione relativa, abbiamo senz'altro il commento di Paolo.

I libri di Paolo ad Neratium (*).

L'indole di questi libri appare abbastanza chiara dai frammenti conservati nelle Pandette (1). In questi, la parte dovuta al giureconsulto Paolo è con relativa frequenza indicata, sicchè non riesce difficile il formarsi un' idea del rapporto intercedente fra il testo neraziano e quello di Paolo. Recentemente un egregio romanista (2) ha sostenuto la tesi, trattarsi di note interlineari o marginali scritte da Paolo nel suo esemplare dell'opera di Nerazio; solo più tardi si sarebbe dato al complessivo lavoro l'aspetto esterno che quei frammenti presentano; solo più tardi si sarebbe messa in correlazione la parte spettante ad un autore con quella spettante all'altro. Ma siffatta opinione non è accettabile, sia perchè la parte dovuta a Paolo era troppo rilevante, perchè potesse comprendersi in mere glosse marginali o interlineari, sia perchè contrasta con gli esempi a noi pervenuti (cfr., tra gli altri, i frammenti egizii dei responsi papinianei), dove noi troviamo ben distinto esteriormente il testo annotato e le note e, nel tempo stesso, mantenuta fra essi la colleganza sintattica. L' unico argomento, che il predetto romanista adduce per tale sua opinione, e cioè che altrimenti un giureconsulto insigne come Paolo si sarebbe sobbarcato ad una enorme fatica materiale dovendo trascrivere tutto il testo del giurista commentato, basa su un falso supposto. Tale necessità non esisteva per Paolo più di quello che esista oggi

(*) [In *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Modena*, X, 1894, *Sezione di Scienze*, pp. 295-301].

(1) Il D. 3, 5, 18, 1 sgg. (19) appartiene però, nonostante l' iscrizione, a Paolo *ad edictum*. Ciò, del resto, è noto.

(2) LANDUCCI, nel volume *Per il del XXXV anno d' insegnamento di F. Serafini*, p. 403 sgg.

per chiunque voglia ripubblicare un' opera altrui con note proprie. Costui naturalmente non farebbe che scrivere su altra carta le note sue, ponendo nel testo gli opportuni richiami; cura del proto sarebbe poi di stampare insieme e testo e note. L' ufficio, che oggi compie il proto, compieva allora chiunque in un' officina libraria fosse preposto alla dettatura e alla trascrizione dei numerosi esemplari da mettersi in commercio.

Si può domandare anzitutto quale delle opere neraziane è stata commentata da Paolo. Già più di uno ha pensato ai *libri responsorum* di Nerazio, benchè niuno abbia dimostrato l' assunto. Tale dimostrazione io non stimo difficile. E all' uopo dirimo subito l'argomento che si fa valere in contrario, e cioè che i libri *responsorum* di Nerazio fossero tre, e quattro invece i libri di Paolo *ad Neratium*. Non si è risposto bene, pretendendo un' oscillazione nel numero dei libri delle opere antiche; mentre v' era una risposta non pure semplicissima, ma necessaria. Se, con le norme sticometriche (tanto osservate nelle opere giuridiche), l' opera genuina di Nerazio riempiva tre libri, è pur chiaro che, con l'aggiunta delle copiose note di Paolo, in tre libri o *volumina* non avrebbe più potuto contenersi; donde l' aggiunta di un quarto libro. Se da ciò si deduce che la parte dovuta a Paolo stia col testo di Nerazio nella proporzione di 1 a 3, si deduce cosa, che è abbastanza confermata dall' esame dei frammenti a noi pervenuti (1).

È già stato osservato che nella serie della massa papinianea i libri di Paolo *ad Neratium* susseguono immediatamente ai responsi del medesimo Nerazio, e questo pare a me un argomento fortissimo. Cfr. infatti, per una importante analogia, come l' epitome pauliana dei Digesti di Alfeno sussegua nella massa sabiniana immediatamente all' altro compendio, che sostituiva pei compilatori l' opera genuina. A tale argomento se ne aggiunge uno negativo, ma pure non dispregevole. Ed è che i libri di Paolo *ad Neratium* non convengono ad altra delle opere neraziane. Non infatti alle *epistulae*, chè non v' ha traccia veruna della forma di lettera in nessuno dei frammenti; non alle *membranae*, che comprendevano più libri

(1) Tenuto calcolo di omissioni o abbreviazioni arrecate da Paolo nel testo commentato. Le quali appunto spiegano come i compilatori, avendo a mano l' opera originale, credettero opportuno di giovarsi anche di essa.

e che s'allontanano affatto per la forma e per il contenuto; non al libro *de nuptiis*, come già rilevasi dall' argomento; non finalmente ai XV *libri regularum*, come la grandissima diversità della disposizione delle materie e la grandissima differenza nel numero dei libri abbastanza comprovano. Nè devesi negligere che i libri *membranarum* e *regularum* sono stati dai compilatori devoluti alla massa sabiniana. Niun' altra opera di Nerazio è a noi conosciuta (i libri *ex Plautio* qui naturalmente non vengono in considerazione) neppure per menzione di altri giuristi; l' *opus incertum*, cui il Lenel riferisce la citazione che si trova in D. 22, 1, 14, 1 (*Pal.* I, 777), sono ancora i *libri responsorum*, come almeno è molto verosimile. Paolo deve aver commentato un' opera diffusa e pregiata, e di tale opera deve pure a noi essere giunto in qualche maniera il ricordo.

A tali argomenti si può aggiungere una certa corrispondenza di contenuto fra i *libri responsorum* di Nerazio e i *libri ad Neratium* di Paolo. Qui io non parlo di uguaglianza nell' ordinamento delle materie; parlo del fatto, che è molto difficile negare in taluni casi, che un frammento dell' una delle due opere si riferisce alla medesima questione, cui si accenna in un frammento dell' altra. Per es., nel libro 1 di Nerazio *resp.* (D. 47, 2, 84 pr.) si tratta la questione, se commetta furto chi s' impossessa delle cose di uno creduto morto (epperò stima di impossessarsi di una *res hereditaria*): nel libro 1 di Paolo *ad Ner.* si fa (D. 47, 19, 6) il caso inverso, se commetta furto chi s' impossessa di una *res hereditaria*, credendola appartenere a un vivo. E così è facile vedere tra D. 41, 3, 47 (Paul. 3 *ad Ner.*) e il responso neraziano citato in D. 41, 3, 8 pr.; tra D. 32, 26 (Paul. 2 *ad Ner.*) e la citazione del libro primo di Nerazio che si trova in Paolo, D. 22, 1, 14, 1 (14 *resp.*). Finalmente avvertirò che nei libri di Paolo *ad Neratium* appare chiaramente la natura dell'opera commentata, e cioè l' indole di una raccolta di responsi. Cfr., per es., D. 47, 19, 6 (Paul. 1 *ad Ner.*) nella parte esplicitamente attribuita a Nerazio: « si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere *respondit* », cfr. Ner. 1 *resp.* D. 19, 5, 6 (= 19, 1, 6, 1). Se, del resto, manca ordinariamente l'esplicito accenno al *respondere*, ciò non deve fare meraviglia, giacchè suol mancare anche nei *libri responsorum:* ma si confronti l' andatura del periodo, il modo di porre la fattispecie, la riso-

luzione di questa regolarmente senza motivi, e apparirà ben chiaro che si tratta dell' opera medesima.

I *libri responsorum* di Nerazio contenevano in ogni parte responsi di lui; qua e là però si riferivano anche responsi altrui, e allora questi erano accompagnati da osservazioni. Un chiaro esempio offre D. 39, 6, 43. Verosimilmente ad un responso di Labeone, addotto da Nerazio insieme ad un responso proprio analogo, si riferisce D. 41, 3, 8 pr. Nei libri di Paolo *ad Neratium* non troviamo mai — nella parte, s' intende, da riferirsi all' autore commentato — addotta l' autorità di altri rispondenti; se ciò debbasi a caso (cosa ben probabile dal momento che tali citazioni dovettero essere ben rare anche nell' opera genuina), ovvero ad opera dei compilatori, che poterono cancellare il nome di qualche rispondente, non può dirsi con intiera sicurezza [1].

I compilatori in parecchi frammenti hanno mantenuta la distinzione fra il testo di Nerazio e il commento di Paolo (quest' ultimo è allora preceduto dal nome *Paulus*). Le aggiunte di Paolo hanno talora carattere esplicativo; dicono i motivi della decisione, i quali nel responso erano taciuti: cfr., per es., D. 7, 8, 23. 46, 2, 32; talora aggiungono in quali limiti deve intendersi la decisione stessa (limiti che non era necessario addurre nel responso, che aveva riferimento ad un caso concreto), per es. D. 40, 2, 24. 24, 1, 63. 33, 7, 24; talora criticano la decisione, per es. D. 47, 19, 6. 45, 1, 140, 1. 34, 1, 23. In altri più rari casi o si completa la decisione (D. 35, 1, 97), o si arrecano responsi di altri giuristi (D. 13, 1, 19) [2].

Non si deve però credere che la parte, spettante a Nerazio in questi libri di Paolo, sia solamente quella che precede il nome *Paulus*. Non può, per es., dubitarsi che appartenga a Nerazio il D. 35, 1, 96, 1 (salve le ultime parole « quia ... liber-

---

(1) Vi sono, però, le seguenti tracce. Il D. 7, 5, 4 contiene una nota di Paolo (per la forma v. il D. 35, 1, 96 pr.), che sembra riferirsi a un responso di Nerva raccolto da Nerazio: cfr. il fr. 3 *eod.* (Ulp. 18 *ad Sab.*). Il D. 3, 5, 18 (19) contiene parimenti una nota di Paolo, che sembra riferirsi alle osservazioni fatte da Nerazio a responsi di Proculo e Pegaso da lui addotti e approvati; cfr. D. 3, 5, 17 (18) (Paul. 9 *ad ed.*).

(2) Giuliano. Non è impossibile che l' edizione dei responsi di Nerazio con note di Paolo fosse conosciuta e adoperata da Papiniano; cfr. col citato fr. 19 D. 4, 3, 19.

tas », che sono o di Paolo o dei compilatori), il D. 33, 1, 16 (fino alla voce « debebitur »), il D. 45, 1, 140 pr., il D. 46, 1, 67 (almeno fino alle parole « iure mandati »). Infatti, non solo in questi passi si rileva sostanzialmente la struttura del responso, ma essi non sono per la forma in alcun modo paragonabili alle aggiunte di Paolo, mentre rispondono egregiamente alla forma dei brani sicuri di Nerazio [1].

Dobbiamo ora affrontare un arduo problema; se, cioè, sia comparabile la successione degli argomenti nei *libri responsorum* di Nerazio e nei *libri ad Neratium* di Paolo. L' identità dello scritto neraziano in ambo le opere — da noi affermata e, se non erriamo, dimostrata — non implica necessariamente identità nella successione delle materie; l' autore del commento potrebbe avere dato assetto nuovo e diverso all' opera commentata. Il problema è, come dicevamo, arduo: poichè la scarsità dei frammenti dell' una e dell' altra opera non permette di giudicare quale ne fosse l' ordinamento delle materie; questo, ad ogni modo, sembra fosse diverso dagli altri a noi noti.

Io stimo per altro che anche dai pochi ruderi a noi pervenuti si possa arguire che l' ordine non era nelle due opere sostanzialmente diverso. Circa l' opera originale troviamo che nel 1° libro si discorreva dell' obbligo del curatore di dare la dote (n. 78), del peculio (n. 75), dell' *editio operarum* (n. 81), della vendita (n. 76 [?], 77), del furto (nn. 83, 84), delle donazioni *mortis causa* (n. 82) e dei legati e fedecommessi (nn. 72, 73,

---

[1] Il Landucci conviene pure nel ritenere che appartenga a Nerazio il D. 33, 1, 16 (l' ultima parte attribuisce egli a Paolo; più verosimile è che si debba ai compilatori) e il D. 46, 1, 67 (dove però, a suo credere, la nota di Paolo comincerebbe con " scilicet ").

Inoltre egli (op. cit., p. 45) propende ad attribuire al testo neraziano D. 47, 2, 85. 13, 1, 19. 41, 3, 47. Ma il primo e il terzo passo col loro carattere esplicativo e dottrinale lasciano per lo meno molto incerti.

Circa la dizione del fr. 85 avvertasi che il *dicendum est* s' incontra nel testo neraziano del corrotto D. 24, 1, 63; del resto, esso appare anche nel commento di Paolo: cfr. D. 35, 1, 96 pr. Il secondo passo, poi, riproduce senza dubbio alcuno un brano di Paolo, come prova luminosamente la citazione di Giuliano.

Che D. 32, 25, 1 contenga una glossa di Paolo alla decisione neraziana offerta dal principio del frammento, non mi pare affatto, poichè non si vede alcun nesso fra le due affermazioni. Il pr. del frammento contiene certo un responso di Nerazio; ma il § 1 è preso da un' altra parte del libro, nè mi pare si possa con certezza arguire se dal testo o dalle note.

79, 80). Il discorso sui legati continua nel 2° libro (nn. 88, 89), ove si parla pure dell' azione nossale (n. 87), della *subreptio rei peculiaris* (n. 86), della *ratis vi fluminis in agrum alterius delata* (n. 91), dell' usufrutto (n. 85). Del terzo libro niun frammento giunse fino a noi. Gli altri responsi neraziani, di cui a noi è giunta memoria senza indicazione di libro, concernono quasi tutti le istituzioni, i legati e le manumissioni testamentarie; non mancano però altri argomenti: *actio de dolo, de in rem verso,* usucapione, *beneficium principis* (1).

Se noi consideriamo i frammenti dei libri di Paolo *ad Neratium,* troviamo un gruppo di frammenti pertinenti al libro 1 e al 2 (da mettersi quindi in fine dell' uno e in principio dell'altro), che trattano di legati, fedecommessi, *statulibertas* (nn. 1026, 1028, 1021 ?, 1027 ?, 1035, 1036); e ciò presenta una coincidenza ben notevole con quanto abbiamo avvertito per l'opera di Nerazio. Nel libro 1 si parla (come nell' opera di Nerazio) del furto *rerum hereditariarum* (n. 1030). Invece dell' uso e dell' usufrutto discorre Paolo nel libro I (nn. 1020, 1022, 1023, 1021 ?, 1027 ?), mentre Nerazio ne parla nel libro 2; probabilmente Paolo coordinò tale trattazione a quella del legato di usufrutto, che certo occorreva nel libro 1 di Nerazio (nn. 72, 73). Viceversa, troviamo nel libro 2 di Paolo parecchi frammenti attinenti alla dottrina del peculio (nn. 1031, 1033, 1034) (2), la quale dottrina sembra fosse in Nerazio dispersa nel libro 1 e nel 2 (nn. 75, 86). La trattazione accennata in Paolo dovette trovarsi sulla fine del libro e continuare nel successivo, come ne abbiamo traccia (n. 1039).

Nei libri III e IV di Paolo notiamo ritornare in scena la materia delle istituzioni, dei legati e dei fedecommessi, ed è ovvio pensare a rubriche prese dalla legge *Iulia et Papia.*

---

(1) Se pur di quest' ultimo tema (D. 50, 17, 191) non si parlava in occasione dalla trasmissibilità ereditaria.

(2) Il LENEL pone una rubrica " de mandatis et negotiis gestis „ che non è affatto giustificata, specialmente quando si esclude, come deve farsi senza dubbio alcuno, il n. 1032, che appartiene al libro 9 *ad edictum* di Paolo. Per la prova, che nell'opera genuina di Nerazio non pochi responsi concernevano l'argomento, cfr. anche D. 15, 3, 19.

Sulle citazioni di Paolo pubblicate dal signor Thomas (*).

La più notevole conseguenza, che può dedursi da questi nuovi frammenti pauliani, sembrami esser quella che Paolo nelle sue Istituzioni dovette (assai brevemente s'intende) occuparsi *de publicis iudiciis.* E dovette essere probabilmente il suo esempio, che fu seguito anche dal compilatore del quarto libro delle Istituzioni imperiali, a cui certo appartiene pure il titolo 18. Che il compilatore del terzo e quarto libro avesse sott' occhi le istituzioni pauliane, è assai probabile; giacchè a tale origine si debbono pur ricondurre gl' incontri di questi libri con le Sentenze pauliane o con altre opere *(de iniuriis?)* dello stesso autore: cfr. I. 3, 15 pr. e 4, 4 pr. Voglio dire non essere punto verosimile che il compilatore degli ultimi due libri pescasse un luogo dalle Sentenze (libro, che non appare esser mai stato usato altrove) e l'altro da un libro neppure adibito per la compilazione dei Digesti; bensì è molto verosimile che i due passi tornassero con poco mutamento nelle Istituzioni di Paolo, che dobbiamo credere consultate per la formazione delle Istituzioni (prooem. § 6), secondo un parallelismo affatto consueto nelle opere varie dello stesso giureconsulto. Che lo stesso titolo 18 in parte derivi pure dalle Istituzioni pauliane, è cosa che si può rilevare da certi ravvicinamenti fra esso e le Sentenze. Cfr., per es., il § 3: « Lex Iulia maiestatis quae

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, III, 1890, pp. 11-12. Cfr. THOMAS, *Rev. de l'instruction publ. en Belgique*, 21, 1878, p. 30 sg., e SCIALOJA, *Bull.* cit., p. 6 sgg.].

in eos, qui contra imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit », con Sent. 5, 29, 1: « Lege Iulia maiestatis tenetur is cuius ope consilio adversus imperatorem vel rempublicam arma mota sunt » (1). Cfr. pure il § 7 ib. con Sent. 5, 25, 1, dove la coincidenza non si può attribuire allo stesso esemplare della legge Cornelia *de falsis*, giacchè ambo i passi non ne contengono che un sunto e una riduzione (2). Si confronti finalmente il § 5 con la serie degli argomenti contenuti in Sent. 5, 23. Nè sappiamo che altre Istituzioni parlassero di « iudicia publica ». Quelle di Marciano commentavano fra le altre *leges* quelle *iudiciorum publicorum*; ma nella parte sistematica non sembra affatto che avessero una rubrica relativa.

Del resto, l'inclusione di una tale rubrica nelle Istituzioni di Paolo si deve riferire allo sviluppo che nella scuola papinianea avevano preso gli studii di diritto punitivo.

---

(1) La menzione dell'*imperator* non doveva essere nella formula della legge, cfr. D. 48, 4, 1, 1.

(2) Nelle Istituzioni non si parla che del capitolo circa il falso testamentario, col quale cominciano anche le Sentenze. La legge non cominciava con tale argomento: cfr. D. 48, 10, 1.

I commentarii di Ulpiano e di Paolo "ad legem Iuliam et Papiam" (*).

I.

Sui libri di Paolo "ad legem Iuliam et Papiam".

Nei frammenti a noi pervenuti di quest'opera pauliana si nota molta incertezza nella indicazione dei libri: mentre l'indice fiorentino assegna ad essa dieci libri, il D. 25, 7, 2 porta l'iscrizione *libro duodecimo*; D. 1, 9, 6. 23, 2, 47 sono riferiti al libro II, mentre la strettissima connessione dell'argomento non permette di staccarli dal D. 23, 2, 44 ascritto al libro I con più verosimile indicazione; il D. 50, 16, 134 attribuito al libro II non può assolutamente disgiungersi dal fr. 132 pr. ibid. attribuito invece al libro III. Nè sono qui tutti gli esmpi di riferimenti oscillanti e malsicuri. Gli errori nelle iscrizioni sono abbastanza comuni; ma qui la frequenza è affatto straordinaria ed ha poi un carattere degno di nota: le stesse materie ora sono riferite ad un libro, ora al successivo. È, quindi, probabile che a disposizione dei compilatori stessero due esemplari con diversa numerazione. A questo proposito giova non dimenticare che l'indice fiorentino fra le opere di Paolo pone anche un *liber singularis* « de iure patronatus, quod ex lege Iulia et Papia venit »: di tale monobiblo nessun frammento ci serbano i Digesti. Non è da ritenere che tale opuscolo in alcuni esemplari fosse aggiunto all'opera maggiore sulle *leges* stesse, in modo da co-

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 34, 1901, pp. 394-405].

stituire altro libro della medesima? In tal modo l' iscrizione del fr. 2 cit. riceverebbe una spiegazione non inadeguata. Se pensiamo, poi, che un' altra monografia potesse in certi esemplari premettersi all' opera, non solo resterebbe chiarito il libro XII, ma resterebbero spiegate quelle oscillazioni fra il I e il II, il II e il III libro. Ora, l' indice fiorentino stesso, oltre il monobiblo « de tacitis fideicommissis », nomina anche un *liber singularis de legibus* (Iulia et Papia), che avrebbe benissimo potuto servire di generale introduzione al commentario.

Sarà, così, legittimata la riunione di alcuni frammenti, che noi assumeremo per spiegare l' ordinamento di quest' opera, tenendo conto delle risultanze ottenute nello studio delle reliquie di altre opere affini.

Paolo pure commenta prima la *lex Iulia* e poi la *lex Papia*: sembra che il commento alla prima comprendesse i primi cinque libri e il commento alla seconda gli ultimi cinque: alcuni punti erano più diffusamente trattati nelle monografie complementari.

L'opera cominciava ad esporre i principii generali sull'obbligo del matrimonio e sui divieti di certi coniugii (*lege Iulia ita cavetur*): al libro I sono da ascrivere, oltre il lungo D. 23, 2, 44, anche il fr. 47 ibid. e il D. 1, 9, 6: indi si esponevano i casi di *vacatio* o di dispensa da nozze ulteriori. Anzitutto veniva in considerazione la dispensa dalle nuove nozze per le ingenue aventi il *ius liberorum*: D. 50, 16, 129 « qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur: quia nunquam liberi appellari potuerunt ». A questo passo va aggiunto il fr. 137 ibid., che per le ragioni suindicate è attribuito al libro secondo: « ter enixa videtur etiam quae tergeminos peperit ».

Il libro II enumerava le *exceptae personae* col confronto delle disposizioni di altre *leges Iuliae*, come era consueto in questo genere di commentarii: cfr. D. 22, 5, 4. Indi procedeva all' esposizione dei precipui « praemia πολυπαιδίας » nel campo del diritto privato, che la *lex Iulia* aveva stabilito; e cioè l' esonero delle « operae » pei liberti ed i vantaggi nella reciproca successione dei coniugi. Rispetto al primo punto Paolo riferisce e commenta le stesse parole della legge (D. 38, 1, 37; 35): non è improbabile che al punto medesimo si riferisca il D. 50, 17, 208 (sebbene non sia esclusa ogni altra attinenza), che porta l' iscrizione *libro tertio* e che dice: « non potest videri desiisse habere, qui nunquam habuit ». Il passo

sembra riferirsi ai figli venuti alla luce morti: essi non possono giovare al padre liberto, non essendo applicabili le parole della legge: « qui libertinos duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate *habebit* ... », fr. 37 pr. cit., cfr. § 1, « ... etsi non eodem tempore duos in potestate *habuerit* ». Circa l'altro punto, premesse le nozioni sulla capacità decimaria e relativo computo del patrimonio (D. 35, 2, 63) e sulla *dos relegata* (D. 24, 3, 63) (1), si passava ai casi della *solidi capacitas* e della *libera testamenti factio.* Fra questi ultimi era pur quello in cui i coniugi « duos (filios communes) trimos amiserint » (Ulp. 16, 1a). All' uopo occorreva determinare chi fosse *anniculus* (nozione presupposta da quella di *trimus*): cfr. D. 50, 16, 134: « anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die etc »: *trimus* è quindi colui, che non comincia ma compie il terzo anno, all'inizio dell'ultimo giorno di esso. E quindi basta, allo scopo della legge, che la morte sia avvenuta « extremo anni die », come spiega più particolarmente il D. 50, 16, 132 pr.: « anniculus amittitur qui extremo anni die moritur etc. ». « Item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo pepererit, solidum ex bonis eius capit » (Ulp. 16, 1a), ma « falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est » (D. 50, 16, 132, 1). L'attribuzione del fr. 132 al libro III non può costituire difficoltà.

L' argomento continuava nel III libro: valevano per acquistare la piena *capacitas*, o almeno per accrescerla, i figli adottivi? L' adozione trasferisce pure gli oneri nel padre adottivo (D. 1, 7, 45). Indi il giurista esaminava i casi, in cui non si richiedeva l' esistenza di prole; ad esempio: « vir et uxor inter se solidum capere possunt ... si vir (rei publicae causa) absit et donec abest et intra annum postquam abesse desierit » (Ulp. 16, 1). Con larghezza, e tenendo conto delle questioni anche minori, Paolo determina il concetto di « abesse rei publicae causa »: D. 4, 6, 35; 37. All' assenza *rei pu-*

(1) Cfr. Ulp. 15, 3: il testo si riferisce ad una discussione circa la speciale obbligazione nella *restitutio dotis* per il marito che abbia manomesso un servo dotale: anche questa regola deve ascriversi alla *lex Iulia* (cfr. Celso in D. 50, 16, 97, Lenel, *Pal. Cels.*. n. 245, e i passi tolti dal l. 7 di Ulpiano *ad l. I. et P.*).

blicae causa non può parificarsi la prigionia nemica, poichè questa rompe il matrimonio e « non, ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii reciperari potest »: D. 49, 15, 8 interpolato sulla fine.

Del libro IV poco o nulla sappiamo: i due passi, in cui si dice che sotto il termine di legato deve intendersi compresa anche la *donatio mortis causa* e il fedecommesso (D. 32, 87) e sotto quello di eredità anche la *bonorum possessio* (D. 50, 16, 138), farebbero ritenere che in esso si parlasse di proposito della incapacità dei celibi e delle sue conseguenze.

Col libro V si inizia il commento della legge Papia Poppea. Un chiaro accenno al transito troviamo ancora nel D. 1, 3, 28: « sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint ». Il giureconsulto parlava evidentemente, come anche il Lenel ha visto, del modo di coordinare le disposizioni della legge posteriore a quelle della precedente. Segue la materia dei *caduca ex lege Papia*. L'*incapacitas* in rapporto all'*usucapio pro herede* (D. 41, 5, 4) e la sorte di alcuni oggetti appartenenti alle eredità vendute per conto dei creditori, non essendovi eredi accettanti (D. 42, 5, 29), formano argomento di considerazioni introduttive. Passa indi il giurista a determinare le categorie di disposizioni che si hanno *pro non scriptis*, e pertanto non sono soggette al trattamento caducario. Così le disposizioni captatorie (D. 28, 5, 72): i casi di nullità per carenza o inidoneità di oggetto (D. 31, 49 pr. 3) o per estinzione dell'oggetto stesso (D. 32, 88). Anche i legati « adempta » si hanno *pro non scriptis* (D. 34, 4, 6). Si devono pure tener presenti i casi, in cui l'accettazione di una porzione implica l'acquisto immediato o successivo delle altre e ne impedisce quindi la caducità (D. 29, 2, 80): il servo comune istituito unico erede può adire successivamente « pro partibus » *iussu dominorum* l'eredità, anche perchè « alterius festinatione alterius ius non laedatur », come potrebbe avvenire specialmente quando così si togliesse modo a taluno di abilitarsi a ricevere « intra centum dies » (D. 29, 2, 68: Ulp. 17, 1). Se taluno, cui è stato lasciato un legato in un codicillo, muore prima che questo sia aperto, ma dopo che sia aperto il testamento o dopo che è aperta la successione intestata, il legato non diventa caduco (D. 29, 7, 20). Altra categoria di casi, in cui non si fa luogo a caducità, è quella in cui si tien fermo il *ius*

antiquum col relativo *ius adcrescendi* (Ulp. 18, 1): circa gli *onera* v. D. 31, 49, 4.

L'argomento si continua nel libro VI. Fra i *legata inutilia* vi sono quelli di debito, che nulla arrechino di beneficio al creditore in paragone della precedente obbligazione (D. 30, 29) e quelli, di cui la condizione annulla il significato e il vantaggio (D. 35, 2, 65). Notevole per l'esclusione della caducità è l'ipotesi, in cui la deficienza della condizione opera traslazione oggettiva (D. 36, 2, 24). È dubbio se appartengano a questo libro del commento pauliano i §§ 1-2 del D. 31, 50; ad ogni modo, essi hanno facile attinenza colle questioni in esso trattate.

Una lunga trattazione sulle *donationes mortis causa* in relazione alla caducità trovava parimenti luogo in questo libro. Il principio della trattazione medesima è conservato nel D. 39, 6, 35 pr.: « senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. ex hoc senatusconsulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus ». Seguono parecchie osservazioni intese a fissarne il concetto, segnatamente in contrapposto al legato (§§ 1-6 ibid.); v. pure D. 12, 4, 12. 50, 16, 140.

La *vindicatio caducorum* coi suoi effetti comprende il resto del libro e buona parte del successivo. Molto interessante è il D. 34, 3, 29, dove si vede che, caducatosi il *legatum liberationis* a favore di un debitore del defunto, si fa pervenire il « commodum » del legato (che io non vorrei restituire in « caducum » almeno ambedue le volte) a colui, al quale *caducum defertur*, mediante delegazione del debitore medesimo. Negli altri passi (D. 32, 89. 50, 16, 142) si parla della influenza della *coniunctio* sulla « caducorum vindicatio ».

Nel libro VII procede la discussione sugli oneri e sulle condizioni apposte ai « caduca »: D. 32, 90. 33, 2, 21. 35, 1, 60. 35, 3, 7. Sussegue l'importante argomento delle delegazioni: noi possediamo in parte l'esposizione della materia dell'autodelazione regolata dal noto editto di Traiano (D. 49, 14, 13): in essa si suppone evidentemente che il tema generale della *delatio* secondo la legge Papia sia già stato trattato (ad es., § 5 ib.).

Paolo ha, così, fuse in un unico trattato le varie norme relative ai *caduca*, che nella legge erano disperse: ha riserbato per ultimo l'esposizione delle successioni dei liberti, le quali nella medesima legge figuravano in mezzo alle leggi caducarie. Circa l'ordinamento di quella materia nulla possiamo dire di sicuro, poichè di ciascuno dei tre libri, che se ne occuparono (libri VIII-X), non ci è pervenuta che una scarsa reliquia. Del libro VIII il D. 37, 14, 15 espone un caso, in cui per disposizione della legge Elia Senzia il patrono perde i diritti successorii verso il liberto: del libro IX il D. 40, 10, 5 dichiara al contrario che il *ius anulorum* non elimina tali diritti; e finalmente il D. 38, 5, 13 del libro X si occupa delle azioni, con cui il patrono può rescindere gli atti del liberto in frode dei diritti successorii medesimi.

Allo stesso libro X è ascritto il D. 50, 16, 144. Il Lenel, che riconduce pure al libro X il D. 25, 7, 2, suppone l'esistenza in tal libro di un titolo « de concubinis ». Ma il secondo passo, ascritto al libro XII e attinente allo speciale diritto del marito patrono, appartiene verosimilmente a quella particolare monografia sul *ius patronatus quod ex lege Iulia et Papia venit*, di cui abbiamo già fatto parola. Il primo passo al contrario si può anche riferire all'argomento della successione dei liberti, dove un'osservazione di quel genere poteva facilmente tornare opportuna: cfr., ad es., Ulp. 29, 3; 5; 6; 7. Gai. 3, 44; 46; 47, etc.

II.

I libri di Ulpiano "ad legem Iuliam et Papiam".

L'opera di Ulpiano sulle *leges Iulia et Papia* comprende venti libri. Lo scopo dell'autore è quello di dare una esposi zione larga e completa del contenuto di tali leggi: anche la parte della *lex Iulia*, che si riferisce al diritto pubblico, in quanto stabilisce le preferenze circa l'attribuzione delle cariche e circa i « fasces sumendi », è da lui trattata, staccandola tuttavia dal rimanente della legge medesima relativo al diritto privato. Infatti l'ordinamento dell'opera è ad un dipresso il seguente: lex Iulia (libri I-IX), lex Papia (libri X-XVIII), lex Iulia = ius publicum (libri XIX-XX). Dell'opera

stessa è giunto a noi un numero di frammenti abbastanza considerevole, ma tuttavia scarso rispetto alla sua estensione: la ricostruzione dell' argomento dei singoli libri riesce più difficile che non per gli scritti affini degli altri giureconsulti.

I passi a noi pervenuti del I libro, nè pochi nè brevi, si possono quasi tutti con certezza indicare come parte della trattazione delle norme generali « de maritandis ordinibus », quindi dei matrimoni vietati e inidonei a preservare dalle sanzioni della legge. Cfr. pertanto D. 1, 9, 5; 7 (chi sia senatore o figlio di senatore) 1. 5, 25. 40, 10, 6. 40, 16, 4. 50, 17, 207 (chi sia ingenuo) 23, 2, 43 (donne disonorate). Anche il D. 50, 16, 128 ha un riferimento ovvio al nostro tema: si tratta sempre di vedere se un determinato matrimonio risponda al precetto legislativo. Invece, dà luogo a dubbi il D. 35, 2, 62, che nell' attuale redazione delle Pandette concerne il computo del patrimonio in ordine alla legge Falcidia. Il Lenel [1] pensa con qualche esitanza che qui si abbia un brano della trattazione sulla capacità decimaria dei coniugi: lo stesso pensiero aveva avuto il Gotofredo, il quale però aveva giustamente avvertito che bisognava in tal caso mutare l' iscrizione, trattandosi solo più avanti della capacitè successoria dei coniugi stessi. Notiamo, però, che una alterazione di ' libro III ' (come supponeva il Gotofredo) o, meglio ancora, ' libro IV ' in ' libro I ' non è fra le più verosimili. Per conseguenza io propendo ad accogliere l'opinione dell'Eineccio [2], che questo frammento appartenesse ad una dissertazione sul censo senatorio. Il contenuto di esso veramente sembra applicabile solo ad un computo del valore di una eredità; non è, però, escluso che esso venisse modificato per meglio applicarlo alla dottrina della Falcidia. Non posso tuttavia tacere di un' altra spiegazione, che mi si è presentata studiando questi avanzi del commentario ulpianeo. Al libro VI, dove il nostro passo, riferito alla capacità decimaria, troverebbe collocazione non inopportuna, vediamo attribuito il D. 23, 2, 31, che meglio invece si connette cogli argomenti del libro I: « si senatori indulgentia principis fuerit permissum libertinam (iustam) uxorem habere,

---

[1] *Pal.*, ad h. l.

[2] *Commentarius ad leg. Iuliam et Pap. Popp.*, II, 1, § 2, ed. Venet. 1768, I, 156.

potest iusta uxor esse ». Non potrebbe essere avvenuto uno scambio di scheda ed un conseguente duplice errore di trascrizione ?

Al secondo libro si attribuiscono il D. 25, 7, 1, che parla del concubinato, il D. 29, 2, 79 e il D. 50, 16, 130, che agevolmente si possono riferire all' incapacità successoria comminata dalla *lex Iulia*. Anche la prima materia aveva relazione con la *lex Iulia* (1); senza ragione l' Eineccio (2) la mette in esclusivo rapporto colla legge Papia. Degli altri due passi, l' uno osserva che « quotiens adquiritur per aliquem hereditas... ei cuius quis in potestate est, *confestim* adquiri ei, cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur... ». Donde è chiaro che rispetto alla « capacitas » richiesta dalla legge Giulia non si ha riguardo alle condizioni personali del dipendente, ma invece a quelle del rispettivo *paterfamilias*, a cui favore l' acquisto si compie. L' altro passo nota che *non improprie* si potrebbe dire che anche una eredità testamentaria ci è deferita per legge; esso nell' opera genuina doveva precedere l' altro, che appartiene alle applicazioni anzichè alle nozioni generali. È noto come l' incapacità della legge Giulia ha luogo solo di fronte alle eredità testamentarie (Gai. 2, 150).

Il libro III doveva essere tutto, o quasi, dedicato a illustrare le disposizioni circa il matrimonio fra la liberta e il patrono: Ulpiano, come Paolo, riferisce le parole stesse della legge e le commenta ampiamente. I passi conservati espongono come e quando il matrimonio fra patrono e liberta possa avere luogo (D. 23, 1, 16. 23, 2, 27); se tale matrimonio sia obbligatorio per la liberta (D. 23, 2, 29); come si proceda qualora la liberta abbia impetrato il *ius anulorum* (D. 40, 10, 4); sul divieto alla liberta di divorziare *quamdiu patronus eam uxorem esse volet* (D. 24, 2, 11) e sulla conseguenza delle vietate nozze ulteriori (D. 23, 2, 45). Non rimane oscuro che il D. 50, 16, 131, dove si discute la differenza fra i termini « fraus », « poena » e « multa ». A quale precisa disposizione della legge un simile commento si debba riferire, ignoriamo.

---

(1) Cfr. JOERS, *Ueber das Verhältniss der lex Iulia* etc., 1882, § 9.
(2) Op. cit., II, 4.

Nel libro IV comincia la trattazione dei casi, in cui le sanzioni della legge non hanno luogo. Il celibe può « intra centum dies » (dalla delazione) mettersi utilmente in regola con la legge (Ulp. 17, 1): il *dies a quo* deve computarsi (D. 50, 16, 133). Alcuni legati, come quello di usufrutto, non sono tolti: diverso è un legato di quantità « in annos singulos »; qui in realtà abbiamo una serie di legati e la *capacitas* deve rispettivamente verificarsi alla scadenza di ciascuno di essi: D. 36, 2, 23.

Libera testamenti factio può esservi *inter coniuges*, che abbiano figli comuni, in diverse ipotesi che la legge configura (Ulp. 16, 1ª). A tali disposizioni si riferiscono i passi seguenti: D. 1, 6, 10 (se taluno debbasi o no tenere per figlio). 50, 16, 135 (parti mostruosi); figlio nato *in servitute patris* e poi manomesso e per atto del principe ridotto in sua potestà (D. 1, 7, 46); figlio nato *apud hostes* e *postliminio reversus* (D. 49, 15, 9. 50, 17, 209).

Solidi capacitas vi ha fra i coniugi se sono *personae exceptae*. Pare che Ulpiano abbia qui in genere riferita la dottrina delle *personae exceptae*, cui accennano tutti i passi del libro V (patrono D. 37, 14, 14; genero e nuora D. 38, 10, 6. 50, 16, 136); cfr. Fr. Vat. §§ 301, 302, 308.

Solidi capacitas (¹) vi ha pure « si vir (rei publicae causa) absit et donec abest et intra annum postquam abesse desierit ». Di tale argomento si occupava il libro VI: nozione dello « abesse r. p. causa » D. 4, 6, 36: se l'*adsidere in provincia sua* possa mai considerarsi tale, D. ibid. 38 pr.; quando l'assente « abesse desierit » fr. 38, 1 D. ibid. Pare che la legge determinasse « tempora revertentibus ». Circa il D. 23, 2, 31 già abbiamo proposto le nostre osservazioni. Qualora il testo si volesse attribuire al libro sesto, la più naturale spiegazione mi parrebbe la seguente. La disposizione della legge è in rapporto col divieto fatto ai governatori di condurre la moglie in provincia. Nello schiarimento di questo punto il caso, in cui la liberta possa considerarsi vera « uxor » di un *senator*, anche di fronte alla legge poteva venire accennato.

Negli altri casi *inter coniuges* vi ha una capacità limitata: non è inverosimile che qui si parlasse della capacità decimaria

---

(¹) Cfr. Ulp. 16, 1ª; ma v. Huschke, *Iur. ant.*, 4ª ed., pag. 573 n. 1.

e della ristretta capacità di usufrutto. Le norme relative non si estendono alla *dos relegata* (Ulp. 15, 4): anzi, la legge aveva all'uopo disposizioni favorevoli alla moglie, come quella relativa alla « manumissio servi dotalis » fatta dal marito. Di tali disposizioni si occupava largamente il libro VII: D. 24, 3, 64. Il D. 50, 16, 139 dichiara quali « aedificia » s' intendano fabbricati a Roma, e quando un edificio possa dirsi finito. Riferire tale passo con l' Eineccio ancora alla materia dotale, e precisamente alle disposizioni sul « praedium italicum » [1], non mi par serio. Giacchè non veggo il nesso fra le questioni definite in quel frammento e la nozione di fondo italico, dato pure che di ciò si occupasse la nostra legge. La comparazione con Gai. 1, 33 ha fatto supporre al Lenel che il passo si riferisse ai *latini iuniani*: nulla di strano, infatti, che se ne trattasse nel commentario presente [2] (cfr. Ulp. 17, 1). Soltanto reca difficoltà la collocazione nel libro VII, vale a dire dove si parla dei rapporti successorii fra i coniugi, il discorso dei quali, come intendo provare, si estende pur nel libro seguente. È sfuggita, parmi, all' illustre romanista una bella congettura dello Huschke ad Gai., l. c. Ulpiano, commentando le parole della legge, per cui il marito doveva restituire « quanta pecunia erit, tantam pecuniam », ossia « aestimationem hereditatis vel bonorum liberti » (fr. 64, 10 D. cit.), non poteva fare a meno di supporre il caso che uno schiavo, manomesso dal marito e divenuto latino giuniano, pervenisse poi al *ius quiritium*. È noto, infatti, come un simile transito mutasse profondamente la natura e l' entità dei diritti patronali e quindi la relativa estimazione.

Il libro VIII, come ho già incidentalmente notato, continua la trattazione dei rapporti di successione fra i coniugi in relazione alla *lex Iulia*. I passi conservatici trattano: se anche la *capio mortis causa*, eccedente la misura legale, resti vietata (D. 39, 6, 36); se, come è nulla per la parte esorbitante la disposizione eccessiva che la moglie faccia a favore dei figli che rimangono in potestà del marito (cfr. D. 29, 2, 79),

---

(1) Op. cit. II, 19, § 2: II, p. 443.

(2) A torto però il Goeschen nell'ediz. sua di Gaio attribuisce alla *lex Iulia* la disposizione. Questa legge è anteriore alla *lex Iulia Norbana*, da cui deriva anche l'*incapacitas* dei liberti latini.

sia invece valida quella fatta « filio viri militi ad castrenses vel militares forte res comparandas » (D. 49, 17, 3); come intendere i legati fatti a favore del coniuge « quantum plurimum per legem (Iuliam) accipere potest » e simili, (D. 31, 51 pr.); come trattare le disposizioni a favore della moglie *in tempus liberorum* (D. 31, 51, 1. 35, 1, 61. 50, 16, 141). Del resto, non rimane che il D. 48, 8, 15, che parla del mandato di omicidio paragonato all' omicidio stesso. Il Lenel pensa all' *indegnità* successoria del marito che abbia causato la morte della donna (cfr. D. 34, 9, 3): io preferirei di pensare al marito che non abbia vendicato « uxoris necem », v. più avanti (lib. XI) rispetto alle successioni patronali.

Nel libro IX si parlava del *tutor dotis constituendae causa:* D. 26, 5, 4 (interpol.) Incerto è il riferimento del D. 50, 16, 143: « id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest »; non è escluso che si possa mettere il brano in attinenza con la costituzione di dote.

Col libro X s' inizia l' illustrazione della legge Papia, e precisamente si espongono le modificazioni apportate alle successioni dei liberti [1]. I due passi che ci restano sono presi da un commento al punto della legge, su cui ci informa Gaio 3, 42: « cautum est enim ea lege (Papia) ut ex bonis eius *qui sestertiorum centum milium* plurisve patrimonium reliquerit ... sive is testamento facto sive intestato mortuus erit, *virilis pars* patrono debeatur ». Nel D. 37, 14, 16 si determina la nozione di liberto centenario e si espongono i rimedi per le frodi relative: nel D. 50, 16, 145 si dice « *virilis* appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri dicendum est ».

Nel libro XI si parla dei casi, in cui il patrono è escluso dalla successione del liberto, anche dalla « legitima hereditas quae ex lege XII tabularum defertur » : v. D. 37, 14, 11 (emendata l' iscrizione); D. 37, 14, 17: accusa capitale contro il liberto; D. 38, 2, 37 pr.: *revenditio* al liberto dei *libertatis causa imposita:* D. 38, 2, 37, 1: *non vindicata neces liberti.* Per la migliore dichiarazione del D. 38, 2, 37 pr. cfr. Gai. 3, 44; 46.

Del libro XII non restano frammenti: è possibile che continuasse l' argomento dei due libri precedenti.

---

[1] L' argomento occupava i libri X-XI. Non pare che Ulpiano (a differenza di altri commentatori) esponesse le norme edittali.

Col libro XIII s' iniziava la trattazione dei *caduca ex lege Papia.* Non è verosimile che il trattato relativo cominciasse già nel libro precedente, poichè i passi a noi giunti del libro decimoterzo hanno carattere conveniente al principio della esposizione: vi si parla infatti della dispensa dall'osservanza delle leggi per il Principe (D. 1, 3, 31), dei legati a cui la legge caducaria non si riferiva (legato di servitù: D. 8, 1, 7), del *dies cedens ab apertis tabulis* (D. 29, 3, 10, 12), e della deficienza (D. 35, 1, 59. 29, 2, 81). Soltanto il D. 35, 2, 64 è di ardua spiegazione. Esso dice doversi osservare una disposizione di questa natura: « heres meus Lucio Titio decem dare damnas esto et quanto quidem minus per legem Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas esto ». Il riferimento alla legge Falcidia, che è « iuris publici », non è per il diritto classico ammissibile, a meno che si voglia intendere che il « tanto amplius » debba darsi a spese degli altri legati. Ciò non parmi tuttavia che un giureconsulto classico potesse arguire da una simile ordinazione testamentaria. Invece, la decisione stessa è pienamente conforme al diritto giustinianeo. È, dunque, abbastanza verosimile l' ipotesi dell' Eineccio [1] che in luogo di *legem Falcidiam* il testo originario dicesse *legem Papiam.* Il testatore, nel dubbio che l'onerato sia incapace parzialmente, vuole che la parte caducantesi sia a lui rifusa dall'erede: in altri termini ordina un secondo legato. Anche su questo, come io credo a differenza dell' Eineccio, si faranno valere i diritti fiscali: nella sostanza, dunque, l' erede è tenuto a raddoppiare il lascito.

Incomincia poi l' esposizione di quelle disposizioni che si hanno *pro non scriptis* (D. 34, 8, 4). L' argomento continuava nel libro XIV: D. 34, 9, 9 *(tacita ademptio)*, giacchè per la legge caducaria il legato revocato si ha per non scritto. Ancora della materia caducaria si occupava il libro XV, di cui ci rimane un testo attinente alla dottrina dei legati (D. 33, 2, 22) ed uno con cui si inizia l' esposizione del trattamento correlativo delle « donationes mortis causa » (D. 39, 6, 37 pr.): « illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas (quod ad caduca pertinet *ins.*) legatis comparatas etc. ». Vedi

---

[1] Loc. cit. III, 6, § 3 = II, p. 573.

l' analoga introduzione nel libro VI del commentario di Paolo, fr. 35 D. cit. Il libro XVI (D. 31, 60) trattava dei casi, in cui rimane integro il *ius antiquum in caducis*. Del libro XVII non abbiamo frammenti; non è però audace la supposizione che vi si discorresse della *caducorum vindicatio* e delle nuove disposizioni di Caracalla (Ulp. 17, 2). Nel libro XVIII si trattava degli *onera in caducis* (D. 31, 61. 35, 2, 66); indi delle delazioni *ex lege Papia* (D. 22, 6, 6) e delle autodelazioni *ex edicto Traiani* (D. 49, 14, 16): da ultimo dei *tacita fideicommissa* (D. 29, 2, 83).

Nei due libri XIX-XX, come si è già accennato, Ulpiano ritorna alla *lex Iulia* per commentare le norme attinenti al diritto pubblico. Al libro XIX appartiene il D. 4, 4, 2, il quale si riferisce al principio « ut singuli anni per singulos liberos demittantur ad honores capessendos »; al XX il D. 1, 16, 14 e il D. 27, 1, 18, che son tratti da un' illustrazione delle norme circa l' ordine *in fascibus sumendis* [1]. È dubbio se nel secondo passo Ulpiano scrivesse, come ora leggiamo, « bello amissi ad tutelae excusationem prosunt ». Questa è una conseguenza che altrove [2] Ulpiano medesimo deduce per analogia dal principio della legge sui « fasces sumendi »; non si comprende come nella illustrazione della legge, in cui il principio del passo è contenuto, esso spieghi a proposito di questa illazione come debbano intendersi i *bello amissi*. È bensì verosimile che Ulpiano dicesse poi che si poteva argomentare per analogia in relazione alla *excusatio tutoris;* ma che intanto dichiarasse, spiegando la legge, chi fossero quei *bello amissi*, che « in fascibus sumendis pro superstitibus habentur ».

---

[1] Gell. 2, 15, 4; Vat. fr. § 197.
[2] Vat. fr. 197.

I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio "ad legem Iuliam et Papiam" (*).

I.

I Libri di Terenzio Clemente "ad legem Iuliam et Papiam".

Non molti frammenti sono pervenuti a noi dei venti libri di Terenzio Clemente, che commentavano le importantissime leggi Giulia e Papia Poppea. In questi frammenti noi troviamo una esposizione ampia e minuta, destinata soprattutto alla pratica. L'autore segue nelle conclusioni specialmente Giuliano, che è da lui citato con straordinaria frequenza (D. 28, 5, 73 (72). 31, 53 pr. 35, 1, 62, 1; 2. 35, 1, 64 pr. 40, 9, 24. 34, 3, 21, 1. 7, 7, 5 = Iulianus noster D. 28, 6, 6), mentre fra gli altri giuristi nomina una volta sola Labeone, Ottaveno e Proculo, di cui riferisce l'opinione sulla testimonianza di Servilio. Nulla ci fu direttamente tramandato intorno a questo giureconsulto, che non si trova mai citato dai posteriori. Per stabilire il tempo, in cui è vissuto, non vi sono che tre elementi [1], ossia la sua accennata relazione con Giuliano, il fatto ch'egli potè valersi dei libri dei suoi Digesti attinenti alla materia delle leggi caducarie, e da ultimo la sua collocazione nell'indice fiorentino tra Mauriciano e Africano: tutti questi dati concordano nell'indicare l'età degli Antonini sic-

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 34, 1901, pp. 303-38].

(1) KRUEGER, *Sources*, tr. fr., p. 239.

come il periodo in cui l'attività sua si venne svolgendo. Le citazioni, di cui abbiamo parlato, e l'assenza di qualunque accenno alle successive modificazioni, in questa parte non infrequenti, dell'età dei Severi, confermano tale risultato.

L'esame dei frammenti rimasti non permétte un giudizio del tutto sicuro sull'ordinamento della materia: i frammenti non sono molti, specialmente se si tenga presente il numero cospicuo dei libri, di cui l'opera si componeva; di alcuni libri non ci pervennero frammenti (lib. I, VI, VII, XIV, XIX, XX). Non mi pare tuttavia dubbio che l'autore commentasse anzitutto, sull'esempio di quanto aveva pur fatto Giuliano nei suoi Digesti, la legge Giulia ed indi venisse al commento della legge Papia, dedicando a quell'argomento i primi otto libri ed all'altro i rimanenti. All'uopo non devesi però ritenere impossibile che, per il nesso grande fra le due leggi, di cui la seconda destinata non solo a completare, ma in parte anche a correggere la prima, il giurista toccasse già, parlando della *lex Iulia*, di qualche argomento relativo alla legge Papia; non si potrebbe, però, indicare un esempio sicuro. Queste considerazioni avranno, del resto, la loro riprova nell'esame più minuto dei frammenti a noi pervenuti.

Sebbene manchino tracce del libro I, non è temerario il pensare che l'autore trattasse le disposizioni *de maritandis ordinibus*: e cioè, prima delle nozze vietate, poi dell'obbligo generale di contrarre matrimonio, di quello dei genitori di non impedire il matrimonio dei figli, del matrimonio delle donne soggette a tutela. Tali argomenti occupavano i primi due libri e gran parte del terzo. Molto disputata è la relazione dei due brani (D. 22, 6, 5. 50, 16, 146) tolti dal secondo libro: mi sembra tuttavia che l'autore dicesse come, a sfuggire le pene dei celibatari, non servisse un matrimonio contrario alla legge e tanto meno un matrimonio nullo (per ragione ad es. di parentela o di affinità: qui trova posto il fr. 146 cit.); che tuttavia la parte, che in buona fede ha contratto un simile matrimonio, ignorando l'adempimento, sfuggisse alle sanzioni della legge, senza però che la sua ignoranza potesse servire all'altra parte consapevole e colpevole: « iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius (tam)quam suam nocere, vel ignorantiam alterius al(ter)i profuturam » (fr. 5 cit.). Questa ultima relazione, che è assunta anche

dall' Eineccio (1), mi pare preferibile a quella che suppone il Lenel (2), mentre invece non è affatto accettabile quella che lo stesso autore indica per l' altro passo. Terenzio Clemente illustrerebbe, cioè, una sanzione della legge avente ad un dipresso il contenuto medesimo di I. 1, 10, 12. Ma è poco credibile in sè che la legge contenesse una disposizione di questo tipo: « si sciente dolo malo adversus hanc legem coierint, nec vir nec uxor nec socer socrusve intelleguntur » : sappiamo, anzi, che i matrimonii « adversus legem » non erano nulli o *iniusti*, ma erano semplicemente inetti a procurare i vantaggi ed a rimuovere le sanzioni della legge medesima (3). Inoltre, lo stesso contenuto del fr. 146 cit. poco si concilia con tale supposta relazione.

L' obbligo del matrimonio pare che formasse il tema precipuo del libro III. La vedova è esonerata dal precetto delle nozze ulteriori, se ha un certo numero di figli *secundum legem quaesiti* (4): con ciò si spiega la convenienza della « professio liberorum » da parte della madre o dell' avo materno (D. 22, 3, 16). Il capo XXXV della legge provvedeva al caso del *paterfamilias*, che « iniuria prohibuerit liberos uxorem ducere » (D. 23, 2, 19: dove si aggiungono disposizioni di costituzioni imperiali); ma tale provvedimento non implicava che il *paterfamilias* dovesse o potesse costringere il discendente riluttante al matrimonio (D. 23, 2, 21). Per facilitare le nozze della donna in tutela la legge aveva introdotto il *tutor dotis constituendae causa*: Gai. 1, 178 (« ad dotem dandam dicendam promittendamve » era la probabile locuzione della legge: Ulp. 11, 20). La legge disponeva che il tutore *datus a praetore* dovesse interporre *sine dolo malo* la propria *auctoritas*. Difficile è sceverare nel D. 23, 3, 61 di Terenzio la parte genuina. Ecco un saggio (dove è in corsivo la parte sostituita):

sive *legitimus tutor* sive dotis *constituendae* causa *datus* sit et amplius doti *dictum sit* quam facultates mulieris valeant,

---

(1) II, c. 5 = ed. Venet. 1768, I, p. 270.

(2) *Pal.*, II, 335 n. 2.

(3) Cfr. JOERS, *Ueber das Verhältniss der lex Iulia* etc., p. 29 sgg.; *Ehegesetze*, p. 20 sgg.

(4) Cfr. JOERS, *Verhältniss* etc., p. 33.

ipso iure *dictio* non valet, quia lege (Iulia?) rata non habetur auctoritas dolo malo facta. *quaesitum* tamen est, utrum tota obligatio an quod amplius *dictum* est, quam *dici* oportuit, infirmetur... § 1. *Tutor autem ad dotem dandam dicendam promittendam constituitur, neque auctor fieri potest ut res mancipi veneant a muliere,* ut pretium *earum* in dotem det*(ur)*. dubitari autem potest an hoc *(semper)* verum sit. quid enim si aliter honeste nubere non possit, quam ut pecuniam in dotem det, idque ei magis expediat? Atquin possunt res *quae mancipi sunt* alienari et pecunia in dotem converti.

Nel libro stesso Terenzio accennava alle sanzioni contro i *caelibes*, ed alla loro esposizione si riferisce il D. 31, 52. Più oscura è l'originaria attinenza del D. 50, 16, 147: « qui in continentibus urbis nati sunt, Romae nati intelleguntur ». Il Lenel sospetta che tali parole appartenessero ad una esposizione della condizione dei *latini iuniani:* Eineccio ammette che non servissero ai fini della legge che i liberi « Romae... nati » [1] e argomenta appunto dal nostro frammento. Tale spiegazione è sicuramente erronea. Più semplice pare a me riferire questo passo alla « professio liberorum », di cui certamente (v. sopra) l'autore si occupava in questo libro medesimo: bisognava *profiteri* dove il figlio fosse nato, se a Roma o altrove, e qui l'osservazione accennata cadeva a proposito.

I frammenti del libro IV trattano in gran parte casi di incompleta capacità. A prima vista tale contenuto potrebbe far dubitare dell'esattezza di quanto fu detto [a p. 252], poichè la legge Giulia in caso di celibato sanciva la piena incapacità ed i casi di parziale incapacità si deducono dalla legge Papia. È vero che il Lenel ascrive al libro LIX dei *digesta* di Giuliano, in cui pare sicuro che si trattasse della legge Giulia, una serie di passi che discorrono della parziale caducità [2]; ma è da notare che tali passi sono attribuiti a quel libro per semplice congettura. Si potrebbe ammettere che il giurista, dovendo parlare dell'incapacità piena e della relativa caducità, trattasse in connessione anche della capacità parziale secondo la *lex Papia:* ma si potrebbe anche pensare che casi di tale

(1) Op. cit., I, p. 295 sg.
(2) *Pal.*, I, 474 sg.

parziale capacità occorressero anche nella legge Giulia; per es. riguardo ai celibi, che fossero affini al testatore, cfr. Vat. fr. 215 (1) (per i *cognati* v. in ogni caso Ulp. 16, 1). Ancora più verosimile è che il giurista parlasse delle decime, di cui è capace il coniuge. Che la capacità parziale si dovesse in questo caso alla *lex Papia* (2), non è sicuramente dimostrato. La congettura sarebbe anche comprovata dalla probabile collocazione della materia nei commentarii di Paolo (lib. II) e di Ulpiano (lib. I).

In questi passi del quarto libro è citato con molta frequenza Giuliano. In particolare troviamo che Giuliano fa anche in questa materia prevalere un suo concetto, che ha avuto per opera sua varie applicazioni in altri argomenti (*legatum rei propriae, concursus causarum*): e cioè che le regole giuridiche, che ostano ad un determinato acquisto, devono intendersi con discrezione, dovendosi tenere conto del sacrificio corrispettivo richiesto all'acquirente. Cfr. D. 28, 5, 73 (72): « si quis solidum lege capere non possit et ex asse sit institutus ab eo, qui solvendo non est, Iulianus ex asse eum heredem esse respondit: legi enim locum non esse in ea hereditate quae solvendo non est ». Valido è il legato fatto « dotis compensandae causa »: v. le illustrazioni nel D. 31, 53. Devesi anzitutto, per determinare la *capacitas* in un legato, dedurre prima la Falcidia (D. 35, 2, 67). « Cuidam non solidum capienti amplius lege concessae portionis relicta est, si heredi aliquid dedisset .... Iulianus rectissime scribit tanto amplius eum capturum, quantum condicionis implendae causa dare eum oportet: nec interesse, heredi an extraneo dare iussus sit »: D. 35, 1, 62, 1.

In un passo del medesimo libro si tratta di altro argomento della *lex Iulia*, ossia delle rispettive norme circa la *viduitas indicta* (D. 35, 1, 62, 2); dubbio rimane se D. 35, 1, 64 e 40, 9, 31, che si rapportano allo stesso tema e di cui il primo ha una strettissima attinenza col citato fr. 62, 2, dimostrino che la trattazione incominciata nel libro IV continuasse nel libro V (al quale appartengono secondo l'iscrizione), ovvero se sia occorso un errore nella iscrizione ed essi pure formassero parte del libro IV. Il D. 24, 1, 25, che appar-

---

(1) Cfr. Hartmann, *Ztschr. für RG.*, V, p. 240 sgg.
(2) Joers, *Verhältniss* etc., p. 45.

tiene al libro V, si occupa della *donatio mortis causa* fra i coniugi. Se si accetta la nostra congettura intorno al contenuto del libro IV, risulta chiara la disposizione della materia. Dopo aver parlato di chi *ex lege nihil capere potest,* viene Terenzio a parlare di chi *non totum capere potest:* ossia, per il diritto della legge Giulia, del coniuge. Parla quindi della porzione che al coniuge si può lasciare, delle condizioni apposte al lascito e della loro interpretazione (D. 35, 1, 62 pr.), in ispecie della *condicio viduitatis* in rapporto alle speciali norme della legge, e delle donazioni *mortis causa* fra i coniugi. Un altro passo del libro V (D. 50, 16, 151) definisce la delazione di eredità: questa definizione ha tante possibili relazioni in un commento sulle leggi caducarie, che è inutile pretendere di determinarne una in particolare.

I libri VI e VII non ci sono punto noti, non essendoci pervenuto alcun frammento. È, però, da ritenere che in essi continuasse il commento della *lex Iulia;* giacchè il libro VIII riguarda ancora disposizioni della medesima legge. Il D. 23, 2, 48 si riferisce al divieto di divorziare per la liberta maritata al suo patrono; divieto che appunto era contenuto nella *lex Iulia:* D. 38, 11, 1, 1 « lex Iulia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio ». Terenzio « ex sententia legis » ammette (fr. 48 pr.) che il diritto medesimo spetti al *filius patroni in libertam paternam eandemque uxorem* ed al *filius alterius patroni vivo altero.* Tale norma non vale però se il matrimonio sia stato contratto *contra legem* (*Iuliam*): § 1 « si ignominiosam libertam suam patronus uxorem duxerit, placet, quia contra legem maritus sit, non habere eum hoc legis beneficium ». Da ultimo il commentatore osserva (§ 2) che in caso di « libertae adsignatio » i figli del patrono, a cui l'assegnazione non fu fatta, non hanno questo diritto.

Il D. 38, 1, 14 parla dell'esonero delle *operae* per la liberta che si è maritata consenziente il patrono e del risorgente obbligo delle *operae* stesse « cum desierit nupta esse ». Si suole dubitare se questo punto di diritto si debba alla legge Giulia o alla legge Papia (1): io credo che dobbiamo deciderci per la prima di queste leggi, ed all'uopo mi sembra forte l'argomento che si può trarre dalla collocazione della relativa ma-

---

(1) JOERS, *Verhältniss* etc., § 17.

teria nel commentario di Paolo, che ne tratta ampiamente nel secondo libro [1], in cui evidentemente si commenta la nostra legge. Il D. 40, 9, 32 parla del *iusiurandum* o della *promissio*, estorti dal patrono al liberto od alla liberta, di non contrarre matrimonio: anche questo punto si riferiva alla *lex Iulia* (D. 37, 14, 6, 4) e venne poi nuovamente e più severamente disciplinato nella legge Elia Senzia [2].

Dal libro IX in poi non troviamo, al contrario, che argomenti attinenti alla legge Papia. Sembra che le disposizioni di questa, che si limitavano a riprodurre o confermare norme della legge Giulia (ad es., i divieti di matrimonio fra certe persone), non venissero trattate da Terenzio, che ne aveva già discorso commentando quest' ultima: egli viene direttamente alle materie nuove e comincia con le successioni dei liberti, nelle quali la legge Papia aveva introdotto importanti deviazioni dal diritto precedente. È molto dubbio se davvero anche nel testo della legge questa materia precedesse le altre sulla caducità parziale, sulla *caducorum vindicatio* etc. Nel commentario di Paolo le successioni dei liberti vengono al contrario per ultimo (lib. VIII-X); ma nei commentarii di Gaio (lib. VIII-X) e di Ulpiano (lib. X-XI), come in quello di Terenzio, l' argomento è il primo relativo alla *lex Papia*, che viene trattato dopo che si è esaurita la spiegazione della *lex Iulia*. Forse l' ordine genuino della legge è quello che si può arguire dai Digesti di Giuliano. In questi si determinano anzitutto i casi di caducità secondo la *lex Papia*; quindi si parla dei *bona libertorum*, e poi si ritorna alla materia caducaria, distinguendosi quello che si ha piuttosto da ritenere non scritto o *inutiliter relictum*, e trattandosi della *caducorum vindicatio*, del *ius antiquum in caducis*, dei *tacita fideicommissa*, etc. (lib. LXXIII-LXXXIII). Se davvero l' ordine era tale, si comprende come i trattatisti preferissero di staccare l' argomento dei *bona libertorum* dalla sua collocazione in mezzo alla materia caducaria e di premetterlo ad essa (Gaio, Terenzio, Ulpiano), ovvero di posporlo (Paolo).

---

[1] V. i passi in LENEL, *Pal.*, I, 1126.

[2] V. EINECCIO, loc. cit., 2, 16 § 4: ed. cit., II, 430 sg., che però erra nella relativa cronologia.

Premessa questa necessaria avvertenza, riprendiamo l'esame del nostro commentario.

Il D. 37, 14, 10 afferma escluso dalla *bonorum possessio* del liberto il patrono, *qui eum capitis accusasset*. Questa non è disposizione legislativa: è chiaro che il passo è preso da una introduzione sulle successioni dei liberti, indispensabile per comprendere le innovazioni della legge Papia. Soprattutto dovevasi parlare delle disposizioni edittali; ad esse si rapporta anche il D. 38, 2, 38 (cfr. Gai. 3, 41 « nam *exheredati* nullo modo repellunt patronum »). Che i figli emancipati dei *liberi exheredati* possano chiedere la *possessio bonorum* del liberto del loro avo, è conforme a quanto sappiamo (cfr. Gaio, l. c.). Finalmente il D. 40, 9, 24, che si occupa di manomissioni testamentarie *in frode dei creditori*, viene a proposito in questo libro, dal momento che la *lex Aelia Sentia* proibiva tanto queste manomissioni, quanto quelle in *fraudem patroni* (Gaio 1, 37). Anzi, è verosimile che il testo genuino non parlasse di *creditori*, ma di *patrono* (1).

Nella materia della *lex Papia* si entra solo col libro X. L'unico frammento conservatoci dice (D. 38, 2, 39): « Patroni filia, si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum paternorum admittitur ». La figlia del patrono è ammessa dalla *lex Papia* pur nei casi, in cui non la chiamava l'editto pretorio, purchè avesse il *ius trium liberorum*, di che naturalmente nell'attuale redazione dei Digesti si tace: cfr. Gai. 3, 46 (con limitazioni e dubbi, § 47).

Il diritto alla successione del liberto non deriva dalla successione paterna (Gai. 3, 58): anche i figli emancipati del patrono vi sono chiamati (Gai. 3, 65). Nel caso nostro, però, avremmo un risultato contrario alle norme generali, se la *filia patroni* fosse ammessa durante il rapporto di adozione; a nessuno si deferisce eredità o b. possessio *ab intestato* o *contra tabulas*, se non sia *sui iuris*. La decisione è, invece, ovvia per il diritto giustinianeo, soprattutto per la mutata natura dell'adozione (I. 3, 1, 14). È quindi da ritenere con certezza che la genuina risoluzione di Terenzio fosse precisamente la contraria, e vi si dicesse che « non admittitur ».

---

(1) Cfr. I. 1, 6 pr. con Gai. l. c., Ulp. 1, 15.

Il breve ed unico frammento del lib. XI (in cui si continuava, del resto, come provano gli avanzi del lib. XII, il medesimo argomento) non permette induzioni sicure: D. 50, 16, 153: « intellegendus est mortis tempore fuisse qui in utero relictus est ». Se si pensa che la *lex Papia* chiama il patrono alla successione del liberto centenario, il quale « pauciores quam tres liberos habuerit », se si pensa alla distribuzione della sostanza che spesso si attua per parti uguali tra i figli del liberto e chi è chiamato *iure patronatus*, se si pensa alla suddivisione « in capita » *inter filios patronorum* (Gai. 3, 61), non si avrà che la difficoltà della scelta fra le possibili relazioni. Invece non è possibile, ove appena si rifletta, quella escogitata dall' Eineccio (1), il quale richiama Ulp. 29, 3: « lex Papia... prospexit, ut *pro numero liberorum libertae superstitum* virilis pars patrono debeatur » (cfr. Gai. 3, 44, dove con maggiore somiglianza letterale col nostro passo si dice « pro numero liberorum (quos liberta *mortis tempo)re* habuerit »). Infatti, qui non può parlarsi che dei figli nascituri al tempo della morte del padre; di figli nascituri dopo la morte della madre è ridicolo parlare.

L' argomento si continua nel libro XII. Il D. 38, 4, 10 tratta degli effetti della *adsignatio* sui diritti alla successione dei liberti ed in particolare dell' assegnazione condizionale e a termine. Verosimilmente queste osservazioni si riferivano alla esposizione delle differenze fra il trattamento dei *bona libertorum civium romanorum* e quello dei *bona latinorum*, l' assegnazione modifica appunto il modo normale della distribuzione (Gai. 3, 59). La verosomiglianza di tale relazione si conforta con l' esame del D. 38, 2, 40, il quale a mio avviso prova che questo libro parlava dei *bona latinorum*:

Si pater exheredato filio ita cavit, ut ius in libertum salvum ei esset, nihil ei ad hanc rem nocet exheredatio.

Questo passo non può accennare che ad un liberto latino, poichè « civis romani liberti hereditas... ad filium... patroni nepotesque ex filio... omnimodo pertinent, etiamsi a parente fuerit exheredati », mentre « latinorum... bona... ad liberos manumissoris exheredatos non pertinent » (Gai. 3, 59; cfr.

---

(1) L. c., 2, 22, § 6: II, p. 503.

3, 63 sg). In tal caso il paterfamilias può tuttavia prevenire gli effetti della *exheredatio*, come il testo insegna.

Nel medesimo libro XII incomincia la trattazione di altra materia. A proposito del D. 34, 3, 21 il Lenel aveva congetturato che vi si parlasse *de his quae pro non scriptis habentur*. La legge Papia aveva ampliato il concetto di *caducum*, anche oltre i limiti delle proprie disposizioni, perseguendo intenti fiscali: la determinazione, pertanto, di quello che è *caducum* o *in causa caduci* e di quello, che è invalido senza far luogo a tale figura, era di grande momento per l'interprete di essa. Il frammento citato dice che si estingue il *legatum liberationis*, come il *legatum nominis*, se il testatore abbia, prima di morire, esatto il credito o liberato altrimenti il debitore: il *legatum nominis*, anche se il creditore, prima di morire, succede al proprio debitore. In tali casi il lascito non perviene *in causam caduci* e la ragione sta in ciò che è proprio l'oggetto del legato che più non esiste (il credito) e che per conseguenza non può ad altri devolversi [1]. Ma, se il *legatum nominis* fosse condizionale e pendente la condizione l'erede esigesse il credito, non si ha la stessa risoluzione, « quia in arbitrio heredis esse non debet, ut quandoque condicione existente neque ipsi legatario debeatur legatum, si tum vivat et capere possit, neque ei, ad quem hoc *caducum* pervenit, si legatarius (non vivat aut) capere non possit ».

Non scritto si stima anche il legato che non arreca veruna utilità economica al legatario. Il D. 31, 54, che si occupa di tale argomento, prova appunto che il discorso si continuava nel libro VIII: in esso si tratta la celebre questione se sia valido il legato di un fondo del valore di cento a condizione che il legatario dia cento all'erede o ad un terzo.

Nessun passo abbiamo del libro XIV. Nel libro XV si tratta dei veri e propri *caduca*: rifiuto del legatario, *optio legata* e non esercitata: D. 31, 59 e D. 33, 5, 16. Rispetto al secondo passo, che dice nulla l'opzione avvenuta *ante aditam hereditatem*, è da osservare che tale opzione non serve dunque a impedire la deficienza e la caducità, se il legatario muore poi, senza avere rinnovato in tempo utile l'elezione. Il libro

---

[1] Non quindi la sola ragione della *revoca tacita*, che non v'è in tutti i casi accennati: EINECCIO, II, p. 557.

XVI è rappresentato dal solo D. 29, 2, 82, che tratta della istituzione del servo di colui, che è totalmente o parzialmente incapace. Se il servo « antequam iussu domini adeat hereditatem manumissus alienatusve sit », nulla osta all'acquisto, purchè « nihil in fraudem (huius) legis factum *sit* ». La *fraus* vi sarebbe, quando con lo stesso schiavo manomesso o col terzo acquirente l'incapace avesse colliso per ottenere quanto la legge gli contende o una parte di esso. Del libro XVII abbiamo due frammenti: nell'uno si parla della condizione apposta alla istituzione di un postumo che si verifica *antequam nascatur* e impedisce la rottura del testamento (donde si arguisce che, se prima venisse a mancare, non avrebbe luogo *caducità* per deficienza, ma « ruptio testamenti »): nell'altro si esamina il caso, in cui « optio duorum servorum Titio data sit, reliqui Maevio legati sint ». Se Tizio non compie in tempo utile l'*optio*, «reliquorum appellatione omnes ad Maevium pertinent ». Così si viene ad escludere che il legato di Tizio sia diventato caduco. La ragione è abbastanza chiara: Mevio è sostituito a Tizio per tutti i servi che costui non abbia optato. Cfr. C. 6, 51, 1, 1: « et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca et, si facta sint, apud certas personas recurrere disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis ». Nel libro XVIII e ultimo pare che si trattassero quelle disposizioni, che per il loro contenuto sfuggivano alle regole della caducità, come il legato di uso (D. 7, 7, 5), a cui sono tali regole manifestamente inapplicabili, e i lasciti di libertà (D. 40, 6, 1). Nessun passo ci è invece pervenuto degli ultimi due libri, nei quali è ovvio ritenere che si trattassero gli ulteriori argomenti della legge Papia (*ereptoria*, premi dei delatori, fedecommessi taciti etc.).

II.

Il commentario di Gaio alla "lex Iulia et P. P.,,.

L'ordinamento fondamentale del commentario di Terenzio Clemente, in cui precede l'illustrazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus* e sussegue quella della legge Papia, come io credo di essere riuscito a dimostrare, si mantiene anche nell'opera di Gaio, di cui imprendiamo a trattare brevemente.

Quest'opera comprendeva almeno quindici libri (D. 34, 9, 10): in essa si parla (lib. XIV, D. 31, 56) dell' imperatore Antonino siccome già morto: d' altra parte, pare indubitato che i libri VIII-X fossero pubblicati prima che fosse scritto il III libro delle Istituzioni, cfr. ibid. § 54: « hactenus omnia (illa) iura quasi per indicem tetigisse satis est: alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est ». Che qui il giureconsulto si riferisca al commento della *lex Papia*, mi pare certo, non essendo verosimile che in un commentario all' Editto in materia di *bonorum possessiones* si entrasse in tanti dettagli d' interpretazione sulle leggi caducarie; se poi si confronta il § 53, ove si nomina « eadem lex » (Papia), col citato § 54, ov'è parola di propria *commentaria*, apparirà anche più chiaro il nesso che abbiamo stabilito. Sono questi gli unici dati cronologici, che inducono a fissare la compilazione o almeno la fine del lavoro nei primi tempi dell' impero di Marco Aurelio (1).

Dal libro I avanza un frammento relativo agli *sponsalia* ed alle giuste cause, che ne fanno differire oltre il biennio l' adempimento. La *lex Iulia* concedeva appunto i *iura maritorum* a coloro che fossero legati da sponsali (2). Una disposizione di poco posteriore (3) ha stabilito che al fine di esentare dalle pene del celibato μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν, μεθ' ἣν οὐδὲ δυοῖν ἐτοῖν διελθόντων γαμήσει τις. Si comprende pertanto il significato di quella parola del D. 23, 1, 17 « saepe iustae ac necessariae causae non solum [annum vel] (4) biennium, sed etiam triennium et quadriennium et ulterius trahunt sponsalia ». Da ciò si può forse indurre che l' accennata disposizione limitatrice non fosse assoluta, ma avesse riguardo alle *iustae causae*. Più oscuro è il riferimento dell' altro passo a noi pervenuto di questo libro (D. 48, 19, 29): « Qui ultimo supplicio damnantur statim et civitatem et libertatem perdunt: itaque praeoccupat hic casus mortem et nonnumquam longum tempus (prae)occupat etc. ». Il Lenel non arrischia in proposito congetture. A mio avviso avevano intuito rettamente il

---

(1) Cfr. in sostanza anche il KRUEGER, *Quellen*, p. 184, 186.

(2) EINECCIO, 2, 5: JOERS, *Verhältniss*, § 8.

(3) Dion. Cass., 54, 16 in f.

(4) Su tale interpolazione cfr. CUIACIO, *Obs.*, 16, 35.

Gotofredo (¹) e l'Eineccio (²), mettendo l'osservazione di Gaio in rapporto con la *vacatio* concessa dalla *lex Iulia*; infatti, qui il giureconsulto avverte che, mentre la legge non discorre di *vacatio* che in seguito a morte o a divorzio, vi possono essere e vi sono casi, in cui si scioglie il matrimonio prima, e talora lungo tempo prima, della morte: « quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur ». Come si dovrà in tali casi determinare il periodo della « vacatio » ?

Dopo avere discorso dell'obbligo generale del matrimonio, e dei matrimoni che non soddisfano agli intenti della legge Giulia, il giurista esaminava le pene del celibato, e di tale argomento si occupava sicuramente il libro II, come basta a provare il minuscolo D. 23, 2, 30 « simulatae nuptiae nullius momenti sunt »: vale a dire, non servono a sfuggire alle sanzioni della legge (μηδεμίαν ἰσχὺν ἔχουσιν). Il discorso continuava nel libro III, come prova il D. 28, 6, 5 che espone la funzione delle sostituzioni [3] per ovviare agli effetti fiscali della legge (« quisquis sibi heres esset, is in parte quoque deficientis esset heres »). Se le ultime parole alludono alla *caducorum vindicatio* della legge Papia, è da notare che l'accenno è affatto incidentale e non ha diretta attinenza coll'argomento trattato. Nel libro medesimo si parlava della « viduitas testamento indicta », tema che nella *lex Iulia* era in immediata connessione con le sanzioni pei celibatari [4]: v. D. 35, 1, 63. Nei libri IV e V si trattavano le disposizioni *mortis causa* sottratte alle sanzioni della legge o per ragione della qualità personale dell'onorato (*personae exceptae:* Vat. fr. § 216 = *lex Iulia*) o per la natura oggettiva del lascito, com'è pei legati di usufrutto e simili legati (D. 33, 1, 8 « in singulos annos relictum legatum simile est usuifructui, cum morte finiatur etc. »).

È da ritenersi che in questo stesso libro Gaio parlasse, come di altra disposizione di carattere speciale o eccezionale nella legge, della limitata capacità *inter coniuges*. Altrove [5] io ho cercato di provare che questo argomento appartiene appunto alla *lex Iulia*.

---

(1) *Ad leg. Pap. P.*, p. 265.
(2) Op. cit., III, 5 § 3: ed. cit., I, p. 265.
(3) C. 6, 51, 1, 1ª.
(4) Cfr. Joers, *Verhältniss*, § 7.
(5) [Cfr. *supra*, p. 254 sg.].

Così almeno si può spiegare [1] perchè interessi conoscere la relativa cronologia delle morti, *si mulier cum filio impubere naufragio periit* (D. 34, 5, 23). Per i rapporti successorii fra madre e figlio, come io ho notato altrove [2], la cosa è indifferente: giacchè, se vi potè essere delazione, non vi fu acquisto, e pertanto le due successioni si presentano tuttavia distinte. Non così dove si tratta di vedere se e in che misura può il marito succedere alla moglie; poichè vi ha capacità in solido e *libera testamenti factio*, se, quando uno dei coniugi muore, *lascia almeno un figlio comune*. Se invece il figlio fosse premorto, giova solo quando abbia raggiunta l'età pubere (donde viene gran luce alla fattispecie del nostro frammento): cf. Ulp. 16, 1. Spiegato e chiarito così il problema che il giureconsulto si pone, non ne segue in alcun modo che sia genuina la soluzione data in forma poco corretta: « priorem filium necatum esse intellegitur ». Quale essa fosse, si può dubitare. Poteva il giurista dire che, non potendosi provare la sopravvivenza del figlio, non si facesse luogo alla piena *capacitas*; poteva anche dire che, non provandosi che il figlio fosse prima mancato, non era da impedirsi la capienza da parte del padre. Tutto dipende dal modo in cui la legge si sarà espressa, e che noi ignoriamo. I compilatori hanno evidentemente voluto facilitare in una data tendenza i rapporti successorii, il che era possibile dopo il riconoscimento della trasmissione giustinianea.

Il libro VI non ci è noto che per un brevissimo frammento (D. 50, 15, 7), che nomina alcuni paesi « iuris italici ». Eineccio pensa ad una disposizione della legge Giulia relativa alla restituzione del fondo italico dato in dote [3]; il Lenel pensa, dubitando, alle norme relative all'immunità: se non che è molto dubbio che e della restituzione del fondo dotale e della immunità si occupassero le nostre leggi. Del resto sono escogitabili altre relazioni. A proposito, ad es., della esenzione dalla tutela della *mulier ingenua* avente tre figli per disposto della *lex Iulia*, ben poteva discorrersi delle alienazioni « res mancipi », e quindi dei predii italici. Pongasi che il giurista dicesse che, mentre in genere le donne potevano liberamente alienare un predio

---

[1] Cfr. EINECCIO, 2, 18: ed. cit., II, p. 451.
[2] *Pandette*, § 66, p. 87 n. 2.
[3] 2, 19 = II, p. 463.

non italico, la donna avente « tres liberos » poteva pur senza intervento del tutore alienare anche un predio italico.

Del libro VII niun frammento ci è pervenuto; esso doveva esporre ancora il diritto della *lex Iulia*, giacchè tale esposizione continua tuttavia nel libro VIII, ove si parla della speciale condizione della liberta maritata al patrono. Così nel D. 23, 2, 46 si esamina il problema se « et qui communem libertam uxorem duxerit ad hoc ius admittatur ». La risposta è affermativa, « quia libertam eius esse negari non potest, quamvis alterius quoque sit liberta: quam sententiam plerique [*recte*] (1) probaverunt ». Nel tempo stesso si adduce la contraria opinione di Giavoleno, « quia non proprie videtur eius liberta, quae etiam alterius sit ».

In questo libro VIII pare che cominciasse anche la trattazione della legge Papia; i due frammenti, che rimangono, sembrano riferirsi alla successione dei patroni *in bona libertorum* (2). Il D. 37, 1, 4, che espone le varie ipotesi in cui può verificarsi il *ius adcrescendi* nelle *bonorum possessiones*, si può agevolmente mettere in rapporto coll'eccezionale trattamento della *bon. poss. certae partis contra tabulas* deferita al patrono (3). L'altro passo è il D. 50, 16, 148: « non est sine liberis cui vel unus filius unave filia est: haec enim enuntiatio 'habet liberos' etc. ». È probabile che il testo si riferisca alla disposizione edittale (confermata per i liberti meno che centenari dalla legge Papia), per cui « prosunt liberto ad excludendum patronum naturales liberi » (Gai. 3, 41). Che, infatti, il passo non si possa riferire alle disposizioni caducarie favorevoli agli eredi o legatarii *patres* (Gai. 2, 111; 207), è troppo manifesto, dal momento che questa materia non viene trattata che nei libri XI e segg.; che non abbia rapporto col diritto attribuito dalla *lex Papia* « patronae filio liberis honorato » (Gai. 3, 53), si può arguire da ciò che di tale argomento non poteva il commentatore trattare in principio della sua lunga esposizione di questa materia.

---

(1) Tale giudizio è forse da attribuire ai compilatori.

(2) Per l'ordine cfr. *I libri di Ter. Clemente* [*supra*, p. 257]. Anche in Gaio precedono le notizie attinenti all'editto del pretore.

(3) Cfr. fr. 6 pr. D. ibid. Così il LENEL *ad h. l.*: relazione meno verosimile è quella indicata dallo EINECCIO 2, 22: ed. cit. II, 495.

Oscuro è il riferimento dell'unico passo a noi pervenuto del libro IX (D. 50, 16, 150): « Si ita a te stipulatus fuero: 'quanto minus a Titio consecutus fuero tantum dare spondes?,' non solet dubitari, quin, si nihil a Titio fuero consecutus, totum debeas quod Titius debuerit ». Il Cuiacio, molto acutamente, aveva pensato alla *stipulatio* « quod amplius legatorum nomine ceperis, quam e lege Papia capere licebit » (D. 35, 3, 1, 14 — ove « illius legis, quae patronos vocat » è verosimile interpolazione, in luogo di « legis Papiae »). All'uopo il Cuiacio ha molto opportunamente invocato il D. 50, 16, 82, in cui si chiarisce il significato di *amplius* raffrontando quello di *minus*, e precisamente nel senso del nostro brano (« ex contrario *minus* solutum videtur etiam, si nihil esset exactum »).

Chiarissima è la continuazione dell'argomento nel libro decimo. Diversi riferimenti possono additarsi per il D. 50, 16, 152 (cfr. Gai. 3, 47; 49, etc.). Il D. 38, 16, 13 « nulla femina aut habet suos heredes aut desinere habere potest propter capitis deminutionem » si confronta egregiamente con Gai. 3, 51: « numquam enim... feminae suum heredem habere possunt: si vero vel huius vel illius capitis deminutio interveniat etc. ». Appunto questa immediata menzione della « capitis deminutio » e dei suoi effetti rende più plausibile tale correlazione, che quella ad es. con Gai. 3, 43. Il D. 50, 16, 149 può ben raffrontarsi con Gai. 3, 53, dovendo appunto tale esposizione trovarsi verso la fine della trattazione.

Col libro XI comincia la materia caducaria secondo la legge Papia. Troviamo nei relativi frammenti accenni alle più importanti questioni introduttive: apertura delle *tabulae* (D. 29, 3, 11), effetti della devoluzione integrale al *populus* (*fiscus* itp.) delle eredità (D. 49, 14, 14). Nel libro XII l'argomento continua. Vi si parla della parziale deficienza per ripudio (D. 31, 55 pr.), del modo di considerare la *capacitas* di un servo ereditario « eo herede instituto qui vel nihil vel non totum capere potest » (D. ib., 55, 1). Meno evidente è, invece, la relazione del D. 40, 1, 18: il debitore di un servo *ex vendito* o *ex stipulatu* lo può validamente manomettere [1]. Il

---

[1] Artificioso e non persuasivo è il rapporto stabilito dallo EINECCIO, 3, 6: ed. cit., II, p. 577.

Lenel [1] pensa ad una manomissione operata dall' erede del servo legato *per damnationem*, in modo che essa consista, reso caduco il legato stesso.

Al libro XIII io ascriverei il D. 28, 5, 74 (come fanno, del resto, talune edizioni) [2], che tratta di sostituzione ad erede condizionalmente istituito: infatti, in questo libro la materia delle disposizioni condizionali e correlative deficienze (C. 6, 51, 1, 2ª) era largamente trattata: cfr. D. 35, 1, 69 e D. 40, 7, 31 pr. – 1. Oltre questi frammenti, del libro XIII ci è pervenuto il D. 38, 16, 14, che afferma la superfluità dell' adizione pei *sui heredes*. Può essere che si parlasse di quei legati, il cui *dies* non cedeva *ante aditam hereditatem*, come ad es. il legato fatto ad un servo legato: tale determinazione era naturalmente molto importante per la caducità e relative conseguenze.

Nei pochi frammenti del libro XIV troviamo segnalati alcuni casi, in cui non ha luogo la deficienza: l' accettazione di qualsiasi parte di un legato equivale alla totale accettazione ed esclude, quindi, la caducità (D. 31, 58); la premorienza del principe legatario non rende caduco il legato, dopo che fu stabilito il trapasso ai successori (D. 31, 56): se chi fu istituito erede in parte *pure* e in parte sotto condizione muore dopo di avere adito siccome istituito puramente, ancorchè muoia *ante condicionis eventum*, non si caduca per ciò la relativa parte di eredità, ma si acquista dai suoi successori, *si condicio extiterit* (D. 29, 25, 3 pr.). Lo stesso dicasi dei casi, in cui *iure antiquo* è mantenuto l'accrescimento (fr. 53, 1 D. ib.). L' ultimo libro parlava dei taciti fedecommessi e delle persone interposte *in fraudem iuris* (D. 34, 9, 10) e verosimilmente di altri argomenti della legge Papia, come le delazioni.

In questi frammenti noi troviamo generalmente le note caratteristiche dello stile gaiano: l' esposizione è piana e perspicua, senza che si avvertano idee o giudizi originali. Già si è detto come nel D. 23, 2, 46 « quam plerique *recte* probaverunt » l' avverbio sia, secondo ogni apparenza, interpolatizio: sospetta è pure la locuzione in D. 34, 9, 10, 2 « recte

---

[1] *Pal.*, 1, 249, n. 3.
[2] Cfr. HOMMEL, I, 122.

dictum est ». Del resto l' A. si vuole limitare ad una oggettiva esposizione dello stato delle questioni: la frase in D. 31, 55 pr. « magis placere video » si può confrontare opportunamente con Gai. 2, 280 « quam sententiam ... magis obtinere video ». Nelle Istituzioni Gaio osserva talora che o l' opinione prevalente (« magis dicitur » : 2, 78) o quella della sua scuola (3, 98) non si appoggiano a veruna *idonea ratio:* nel D. 49, 14, 14 si espone l' opinione (comune ? dei sabiniani ?) « dicitur » e si giudica « quod aperte nullam habet rationem ». Ad ogni modo il testo è forse manipolato: « dicitur... ut (λέγεται... ὡς) » non pare gaiano. Del resto, le citazioni sono molte scarse : si ricorda Giavoleno ed una nota di Proculo a Labeone (D. 23, 2, 46. 35, 1, 69). Giuliano è citato una volta sola (D. 40, 7, 31, 1), e non pare tuttavia da ritenere che l'opera gaiana fosse scritta (almeno nella sua prima parte) anteriormente alla pubblicazione dei libri 68 e seguenti dei Digesti di Giuliano.

Osservazioni
sul frammento de formula Fabiana (*).

I.

I pochi frammenti di linee di un manoscritto giuridico latino, trovati nel 1897 in Egitto, furono riconosciuti appartenenti al commentario all'Editto del giureconsulto Paolo (1), le cui reliquie conservate nelle nostre Pandette permettono un diretto confronto. Alla stessa opera (che dunque in quel paese verso il quarto secolo era conosciuta e adoperata) io ritengo che debba ascriversi l'importante frammento *de formula fabiana*, trovato parimenti in Egitto (e, secondo che generalmente si crede, nella medesima località), di scrittura affine e presumibilmente coeva.

Questa tesi pare a me che si possa dimostrare con molti argomenti. E, se finora essa non fu mai affermata o fu soltanto menzionata come possibile con grandi riserve (2), si deve forse attribuire alla recisa maniera, con cui i primi e benemeriti editori del frammento la vollero escludere (3). I resultati però degli studi continuati da vari romanisti sul frammento, che gli editori suddetti credettero di Pomponio, vennero nel frattempo accennando sempre più chiaramente a Paolo; ed il Gradenwitz

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 33, 1900, pp. 133-39].

(1) Cfr. in particolare Scialoja, *Rend. Acc. Lincei*, 1897, p. 236 sgg.; Krueger, *Ztschr. der Sav.-Stift.*, R. A., 18, 224.

(2) V. Girard, *Revue historique de droit*, 14, 703 sg.

(3) Pfaff e Hofmann, *Fragm. de form. fab.* (dalle *Mittheilungen aus der Samml. der Pap. Erzherzog Rainer*), p. 19.

in un suo notevole lavoro [1] arrivava alla conclusione che si trattasse di un avanzo dei libri *ad Plautium* di questo giureconsulto. Ma chiunque esamini attentamente e senza preconcetti il frammento, tenendo presenti le sagaci osservazioni del Gradenwitz stesso, non tarderà ad accorgersi che esso non ha affatto il tipo dei commentarii *ad Plautium* [2]; mentre invece presenta nitidi i contrassegni di un commento edittale. L'opera *ad Plautium* dovrebbe, infatti, portare distinta la parte originale dalla massa delle osservazioni critiche e supplementari; nella prima dovrebbero trovarsi i pareri e i responsi dei giuristi anteriori a Traiano. Mancano pure quelle espressioni diacritiche, che si sono perfino conservate nella compilazione giustinianea.

Il frammento presenta, sebbene in diverso ordine, la stessa trattazione che abbiamo nei *libri ad edictum* di Ulpiano; i problemi discussi sono i medesimi e ad un dipresso è dato allo svolgimento uguale misura. Già questo confronto dovrebbe bastare per attribuire al commentario edittale di Paolo il nostro frammento, dal momento che il confronto con le Pandette esclude che possa trattarsi di quello di Ulpiano. A Pomponio avevano pensato gli editori viennesi; ma, oltre la poca verosimiglianza che della vasta opera pomponiana si facessero nuove copie nel quarto secolo, osta ormai a tale ipotesi il fatto, messo in luce dal Gradenwitz [3], che nel frammento si contiene, corrotta ma riconoscibile tuttavia e accertabile mediante la diretta comparazione, una citazione di Marcello [4]. Se poi si aggiunge che nel passo si trovano i modi di dire più familiari a Paolo e qualcuno proprio esclusivamente di lui [5], non sembra che rimanga altra possibile congettura. Questa poi, s'io non erro, trova nei Digesti una conferma, sulla quale parmi utile richiamare l'attenzione.

---

[1] *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 9, 399 sg.

[2] Cfr. le mie ricerche nelle *Memorie della R. Accademia di Modena*, 10, 169 sgg. [*supra*, p. 205 sgg.].

[3] L. c., p. 394 sg.

[4] D. 38, 2, 6 pr.

[5] " Verum esse didici ": cfr. GRADENWITZ, l. c., p. 397. Su altri indizi v. ibid., p. 396-398, e avanti.

Com'è noto, le prime linee imperfette del frammento contengono la fine della trattazione del quesito: chi si debba convenire coll'azione fabiana quando il liberto abbia donato *in fraudem patroni* a Tizio e questi abbia ordinato a Seio di ricevere. Nelle nostre Pandette si occupa di tale questione un passo di Giavoleno, per cui l'azione non può essere rivolta che contro Tizio (1). Egli osserva che la frode consiste nel « negotium gestum » fra il liberto e il convenuto; deve, dunque, essere convenuto chi ha veramente conchiuso il negozio stesso, *cum omne negotium, quod eius voluntate gestum sit, in condemnationem eius conferatur*. Nè da ciò può derivare, a suo credere, conseguenza iniqua; all'uopo egli invoca la natura « arbitraria » della formola e spiega la relativa funzione.

Invece, il frammento nostro concede l'azione contro l'uno o contro l'altro, secondo che l'attore preferisce. Da una parte esso riconosce che l'azione dipende dal *contractus* e che questo ha avuto luogo con Tizio (2); dall'altra osserva che però la formola accenna al *delictum* del liberto (dolo) ed è *in factum* (e quindi specialmente dirigibile contro chi è nel fatto stesso indicato come accipiente) e arbitraria (e quindi più naturalmente diretta contro chi ha acquistato la cosa). Inoltre nota come l'*alienatio* stia nella traslazione del dominio, e come questa abbia avuto luogo a favore di Seio (3).

Che tale sia l'opinione accolta nel frammento, appare anche da questo. Parlando del liberto, che ha dato a favore di una donna una dote, il testo dice: *sed in proposito et Iavolenus confitetur cum viro actionem esse*; ossia: in questa speciale ipotesi anche Giavoleno è disposto ad ammettere che siavi azione

---

(1) D. 38, 5, 12.

(2) [ex cont]ractu venit et cum eo contrah*i*tur.

(3) Mi allontano molto dal Lenel, *Sulla prima metà del frag.* in *Bull. Ist. dir. rom.*, II, p. 142 sgg., e dagli altri illustratori. Ad un dipresso il frammento è da redintegrare così: [fraus ex cont]ractu venit et cum eo contrah*i*tur; [sed et ita compar]atur formula, quasi ex delicto venerit liberti, et est in factum et arbitraria etiam (Vivianus) vere huic dic(it) alienatum esse, qui s(ervum) [man]cipto accepit, alienationem nobis ad dominii traslationem referentibus. Anche altrove nel Commento all'Editto, Paolo argomenta da ciò che la formula è *in factum* (D. 4, 9, 6, 1), per determinarne la legittimazione passiva.

contro colui che ha ricevuto. Tale espressione significa che, a differenza di Giavoleno, l'autore del frammento concede sempre l'azione contro l'accipiente, *alienationem nobis ad dominii translationem referentibus*. Nel verso invece si tratta del paterfamilias, che abbia ordinato al figlio di ricevere dal liberto, e si afferma che quello è tenuto *suo nomine*, come è tenuto in genere chiunque ha ordinato ad altri di ricevere quello che il liberto voleva alienare (1): [sed si filium suum mancipio s(ervum) accipere iusserit, pa]ter suo nomine tenebitur, non de p[eculio, ut extraneus] qui s(ervum) iussit alii mancip(ari), *ut iam diximus* (2). Queste ultime parole mostrano, dunque, che più sopra era già stato detto che anche il mandante poteva essere convenuto con la fabiana.

Nei Digesti è conservato un brevissimo passo del libro 42 *ad edictum* di Paolo, che conferma precisamente le cose dette. È il D. 38, 5, 5 pr.:

Tenetur fabiana actione tam is qui accepit ipse, quam qui iussit alii dari id quod ipsi donabatur.

Probabilmente il testo genuino diceva « mancipio accepit » e « alii mancipari » con un esempio concreto (« servum ») anzichè coll' indeterminato « id quod ». Ad ogni modo, non sarà inutile avvertire la piena concordanza di forma col nostro frammento (I ll. 4-5 « qui s(ervum) mancipio accepit » indica il mandatario accipiente: II ll. 2-3 « tenebitur... qui s(ervum) iussit alii mancipari » indica il mandante donatario). La collocazione del passo che si legge nei Digesti era senza dubbio non molto lontana dal principio del nostro frammento. Forse anch' esso si trovava nel brano che fu tralasciato per incuria dell' inetto e negligentissimo scrittore dopo le parole « sed hoc » e prima delle altre « de illo quaeritur » (I l. 6) (3).

---

(1) Il supplemento si avvicina a quello del KRUEGER, *Collectio*, 3, 300.

(2) Anche questa formula non è aliena da Paolo; cfr. ad es. D. 42, 8, 9 (62 *ad Ed.*) " quemadmodum diximus ".

(3) Il § 1 nel testo di Paolo non poteva essere vicino al pr. del fr. 5. In questo si tratta della legittimazione passiva, in quello della condanna. Nel testo io ammetto col Lenel che il periodo cominciasse colle parole *de illo quaeritur*. È questa una frase che si trova pure isolata in Gaio, Pomponio e Ulpiano, ma con speciale frequenza in Paolo (17, 2, 3, 2. 40, 7, 20,

II.

La congettura del Lenel ([1]) di leggere: « sed venire t[anto minus in r. u. actionem. et] Oct(avenus) etc. » (I l. 9) mi pare non solo in se stessa plausibile, ma quasi necessaria, ove si consideri tutto l'andamento del testo. Il giurista non si preoccupa solo dei rapporti fra il patrono e il marito, a cui il liberto ha dato la dote in frode del primo ([2]), ma anche di quelli fra il marito e la moglie di fronte all'azione *rei uxoriae*. Più avanti il giurista si propone il caso che il marito abbia avuto in dote il credito del liberto e che per sua negligenza abbia aspettato ad esigerlo, lasciando che il debitore divenisse insolvente. Se il patrono intentasse contro lui la fabiana, egli dovrebbe essere assolto, bastando che all'uopo presti le sue azioni qualunque cosa valgano; ad una speciale diligenza a favore del patrono egli non è naturalmente tenuto. Se indi la moglie agisse contro di lui, *dissoluto matrimonio*, con l'azione *rei uxoriae*, nulla potrebbe ottenere; giacchè, se il marito avesse esatto a tempo il credito, avrebbe dovuto restituire al patrono la somma riscossa. Ma se è la moglie che agisca con l'*a.*° *rei uxoriae* antequam patronus fabiana formula (re)vocet, il marito « damnabitur propter suam culpam », giacchè verso la moglie egli risponde della mancata diligenza.

Ora, non è credibile che il giureconsulto nella precedente ipotesi non siasi preoccupato dei rapporti fra i coniugi di fronte all'azione *rei uxoriae*.

———

l. 41, 3, 4, 16. 45, 1, 91, 2). Sarebbe perfettamente conforme al modo di esprimersi di Paolo nel suo commento all'Editto questa restituzione: sed hoc [iure utimur, ut teneatur fabiana formula tam is qui mancipio accepit ipse, quam qui iussit alii mancipari servum qui ipsi donabatur]. de illo quaeritur: si pro muliere [libertus] dotem dederit, quis teneatur hac formula? Si noti che la locuzione " hac formula „ presuppone che la formola fabiana sia appena stata nominata, come appunto si avrebbe inserendo al luogo indicato il passo dei Digesti e mutando, com'è ovvio, *fabiana actio* in *fabiana formula*.

([1]) Loc. cit., p. 10; cfr. *Pal.*, II, 1231.

([2]) Il testo studia il caso che il liberto " pro muliere dotem dederit „: non " pro filia „ (cfr. D. 38, 5, 1, 10).

III.

In II l. 8 (§ 6 delle edizioni), dopo avere osservato che per revocare le alienazioni *mortis causa* non occorre dimostrare il dolo del liberto (tanto che la formula schematica ha disgiuntivamente « mortis causa *dolove* malo »), si aggiungono queste parole enigmatiche: « in m. c. enim donatione semper ut inee pr. arbe ». Varie sono le correzioni proposte: il Krueger legge ‘ semper dolum inesse praetor arbitratus est ’; il Lenel: ‘ severitate uti necesse pr. arbitratus est ’.

Simili emendamenti non mi sembrano possibili. Il secondo offre una locuzione affatto insolita e per nulla appropriata; il primo ha contro di sè anche ragioni di sostanza. Perchè nelle alienazioni *mortis causa* si debba sempre intendere incluso il dolo non si sa vedere; tale principio contrasterebbe con quanto altrove insegnano i giureconsulti romani [1] in materia, ad es., di manumissione *mortis causa* in danno dei creditori etc. [2]. L' esposizione parallela di Ulpiano (D. 38, 5, 1, 1) mostra appunto come le due cose si tenessero distinte. La ragione, per cui il patrono può senz'altro far rescindere una *donatio mortis causa*, consiste in ciò, che essa ha funzione analoga a quella del legato e che i legatari sono esposti alla revoca totale o parziale a favore del patrono che esige la *bonorum possessio*, giacchè il patrono ha un determinato diritto sulla sostanza « mortis tempore » del liberto. Questa osservazione, che si trova nel commentario ulpianeo, doveva trovarsi anche nel nostro, poichè in seguito il giurista avverte (ll. 10 e 13) che in date ipotesi la *donatio mortis causa* non è revocabile, poichè sarebbe lecito al liberto di lasciare un legato: « cum potest ei pater legare »; « quia potest ei et legare pater ». Tali avvertenze presuppongono che il giurista abbia fatto precedere quella più generale osservazione. Io non saprei precisamente che cosa possa nascondersi sotto quella strana combinazione « arbe »: la lettura *arbitratus est* non ha nessuna probabilità speciale

---

[1] Essi sanno molto bene che “ saepe de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines „ (D. 40, 9, 10).

[2] Anche materialmente quegli emendamenti non riescono persuasivi.

(non vi è alcun segno per cui *e* debba valere « est »); e, quando noi pensiamo che, due righe sotto, le parole « tres lib(eros) » vengono scritte *treb*, vediamo come sia largo il campo aperto alle congetture (1). Ma, prescindendo da quest' ultimo dubbio, mi pare che la più verosimile lettura sia:

in mortis causa enim donatione semper ut in leg(ato) pr(aetor)...

IV.

Il Gradenwitz ha raccolto nel suo lavoro citato vari indizi dell' appartenenza del frammento a Paolo. La lista si potrebbe facilmente aumentare, e si potrebbe provare che le espressioni più salienti, la costruzione dei periodi, la maniera delle citazioni hanno il loro riscontro negli scritti di Paolo e segnatamente nel suo commentario all' Editto. Già Hofmann e Pfaff hanno notato gli esempi che illustrano la frase « hoc et ego verum esse didici »; ma si amplierebbe notevolmente la raccolta, se si tenesse conto di simili frasi, che nei commentari pauliani seguono al riferimento delle opinioni altrui: ad es., « quam sententiam *veram esse accepi* » (D. 24, 1, 36, 1) e così via. Il plurale che si trova nella frase « alienationem nobis... referentibus » trova il suo riscontro in D. 4, 3, 25 « quaerentibus nobis »: cfr. D. 5, 3, 22 etc. Il « *vere* alienatum esse » ha il suo paragone in « *vere* non committi » (D. 4, 8, 32, 16) etc. La frase « non esse aequum » è fra le più frequenti nel commento edittale di Paolo (soprattutto nelle citazioni indirette, per indicare che un giureconsulto non approva una data opinione), ad es., D. 23, 3, 41, 4: « Iulianus ... nec enim aequum esse ait »; D. 47, 10, 16: « non esse aequum... Pedius ait » e così via. Cfr. pure: « inutilis sit fabiana formula » e D. 25, 5, 2, 1: « inutilis erit ei haec actio » etc. Circa la costruzione si veggano a mo' di saggio i seguenti confronti:

---

(1) Nella linea antecedente *hodie* sta per *dolove*; nella nostra sono omesse le parole " si libertus ". Si potrebbe pensare che si abbiano davanti i resti di " revocare iubet ", " patronum tuetur " o simile altra fase ordinaria nel commento pauliano, in cui non si trova mai il verbo " arbitrari " in questa applicazione.

fragm. I l. 5 sg.: de illo quaeritur: si pro muliere (libertus) dotem dederit, quis teneatur hac formula? sed in proposito et Iavolenus confitetur...

II l. 10 sg. idque etiam Iul(ianus) scribit... ait enim patronum usurum...

ib. idque etiam Iul(ianus) scribit in maiore centenario.

D. 41, 3, 4, 16 de illo quaeritur: si servus meus ancillam.... mihi dederit, an partum ... usucapere possim? Sabinus et Cassius non putant.

D. 23, 3, 41, 4 cuius sententiam Iulianus ... probat, nec enim aequum esse ait...

D. 2, 14, 17, 4 hoc Iulianus scribit in patre.

Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano (*).

Il lavoro del Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, è in tutto degno dell' alta fama dell' autore. La sagacia, con cui egli ha saputo trovare il nesso tra passi in apparenza disparatissimi e con cui egli ha visto il vero rapporto di frammenti per se stessi insignificanti, è veramente cospicua, e solo può essere degnamente apprezzata da chi si è provato in questo arduo genere di lavori. Naturalmente, però, opere simili non riescono mai perfette, e vari appunti sono stati mossi e altri si possono muovere con fondamento. Io qui non mi fermerò che sopra un solo. Perchè il Lenel non ha (o quasi) tenuto conto delle Istituzioni giustinianee?

Forse sarebbe riuscito all'acuto suo sguardo di scoprire nel testo imperiale i vari elementi costitutivi, per poterli così rivendicare ai classici e ricollocare insieme coi frammenti forniti dai Digesti. E io sono convinto che ciò è possibile per molti passi delle Istituzioni con procedimento così sicuro, che l' accoglierne i risultati non sarebbe certo stato incompatibile coll' abituale cautela del Lenel. Ad ogni modo non so vedere perchè il Lenel, quando un passo si trovi tanto nelle Istituzioni quanto nei Digesti, non sempre curi di valersi delle prime per la correzione e integrazione di esso.

Altrove (1) ho già avvertito essere perfettamente dimostrabile l' opinione del Krueger circa le fonti delle Istituzioni (2): i com-

---

(*) [In *Rend. R. Accad. dei Lincei,* VI, 1890, pp. 326-330].

(1) [Cfr. *supra,* p. 189 sgg.].

(2) Cfr. KRUEGER, *Geschichte der Quellen,* p. 341. Precisamente l' ignoranza di questo punto fondamentale ha fatto perdere affatto la strada al REIMARUS, *Bemerkungen,* p. 38 segg.

pilatori di queste, cioè, si sono valsi delle antiche Istituzioni di Gaio, Ulpiano, Fiorentino e Marciano, delle *res cottidianae* di Gaio e (tacciamo qui dell'uso affatto esiguo e sporadico di qualche altra opera antica) dei Digesti. Posto questo fondamento, non può essere dubbio che per la « Palingenesia » si dovevano trascurare i passi, che nelle Istituzioni passarono dai Digesti; in quelle essi non possono trovarsi che maggiormente alterati. Ma un ragionamento del tutto contrario si deve fare per i passi della prima categoria; questi nelle Istituzioni sono spesso conservati in modo più genuino e completo. Un semplice confronto basta a dimostrarlo (1). Credo che, tenendo presenti questi criterii, non si sarebbe, per es., proposto di correggere nelle Inst. 1, 4 pr. « Marcianus » in luogo di « Marcellus ». Secondo il Lenel, cioè, qui i compilatori avrebbero citato l'autore del passo da essi inserito nel loro testo. Ora si osservi se, leggendo nei Digesti (1, 5, 5, 3) « et tamen *rectius* probatum est » e nelle Istituzioni « et Marcellus probat », si debba dubitare quale sia la lezione genuina! La prima ha uno spiccato sapore bizantino; l'altra conviene benissimo a Marciano, che nelle sue Istituzioni cita di frequente Marcello (D. 30, 113 pr.; 114, 3 e 16. 25, 7, 3, 1). Nell'indice greco delle Istituzioni si trova φησίν senza subbietto; il nome del giurista è caduto nei manoscritti e, se il Fabrot legge ὁ Μαρκιανός, supplisce (e non felicemente) a sua congettura. Ma v'ha di più. Il compilatore dei primi due libri delle Istituzioni non cita mai l'autore, donde trae il passo. Citazioni simili non si trovano che nel quarto libro, e anche in questo solo due volte: Inst. 4, 3, 1 « sicut Aelius Marcianus in suis institutionibus refert » e 4, 18, 5 « Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit ». Adunque, tali citazioni sono straniere al compilatore dei primi due libri e le due citazioni, che si trovano nel IV libro, adducono, oltre il nome dell'autore, anche quello dell'opera. Del resto non è questo l'unico caso, in cui le Istituzioni conservano una citazione omessa nei Digesti. Si cfr., per es., D. 1,

(1) Per le Istituzioni di Gaio, cfr. per es.: G. 1, 97-99. 103-107 = Inst. 1, 11 pr. 1; 9-11; D. 1, 7, 2; — G. 1, 155-156 = Inst. 1, 15 pr. 1; D. 26, 4, 7; — G. 2, 86 sg. = Inst. 2, 9 pr. 1 sg.; D. 41, 1, 10 etc. Per le Istituzioni di Ulpiano cfr. Inst. 2, 3 pr. 1-3 con D. 8, 3, 1. 8, 3, 1, 1. 8, 4, 1 pr. 1. Vedi Bremer, *de D. Ulpiani institutionibus*, p. 65 sg.

8, 6, 3 [Marcian. 3 *inst.*] con Inst. 2, 1, 8; ove si aggiunge « ut et Papinianus scripsit »: modo questo di citare Papiniano, che appunto è frequentissimo delle Istituzioni di Marciano. E così, che nelle Inst. 2, 20, 16 la frase « teneri eum Iulianus scripsit » sia più genuina del corrispondente *tenetur* dei Digesti [30, 112, 1, Marc. 6 *inst.*], non è cosa che si vorrà facilmente negare.

Noi per ora ci limitiamo a qualche osservazione circa le Istituzioni di Marciano, a cui il precedente discorso quasi naturalmente ci conduce. Mostreremo cioè alcuni criterii, che possono indicare i passi di Marciano contenuti nel testo delle Istituzioni imperiali e che possono così giovare ad una palingenesi delle istituzioni marcianee.

Un primo criterio è fornito dalle citazioni degli autori. Noi non troviamo alcuna citazione nelle Istituzioni di Ulpiano (a meno che si voglia considerare tale l' « eleganter Celsus definit », dove — ad ogni modo — Celso non viene citato per confortare colla sua autorità un' opinione controversa). E difatti ciò risponde alla natura elementarissima dell'opera, la quale in due soli libri doveva esporre i fondamenti del diritto privato. I frammenti a noi giunti o contengono definizioni o regole elementari. Ulpiano evidentemente s'astenne qui dalle citazioni parte per proposito e parte per la natura dell'opera, come pur fece nel *liber singularis regularum*. Da ciò consegue che, se noi troviamo nelle Istituzioni imperiali citazioni di autori, che fiorirono dopo i tempi di Commodo, e soprattutto citazioni di Papiniano, dovremo ritenere che il passo relativo sia di Marciano. Infatti, poichè qui per le dette ragioni non possono venire in considerazione le Istituzioni di Ulpiano, la scelta non può cadere che su Marciano o su Gaio o su Fiorentino [1], i quali ultimi non fiorirono oltre Commodo. Ma si deve fare qualche altra considerazione. Lo stesso Fiorentino è affatto alieno dalle citazioni. Nei frammenti delle sue Istituzioni non si trova citato che una volta Trebazio: ch'egli dica poi che la stipulazione aquiliana « a Gallo Aquilio composita est », non ha evidentemente a che vedere coll'attuale indagine.

---

[1] Per Fiorentino l'epoca è data dall'Indice delle Pandette, che pur segue sostanzialmente l'ordine cronologico.

Si confrontino, invece, i frammenti delle Istituzioni di Marciano, dove le citazioni sono così frequenti! Se noi, quindi, nelle Istituzioni imperiali troviamo citato qualche giurista, non è a Fiorentino che dovremo pensare. Rispetto a Gaio, al quale omai ci troviamo ridotti, non solo dobbiamo escludere per ragioni cronologiche alcune citazioni, come quelle di Marcello e Scevola; ma dobbiamo escluderne pure altre, come quelle di Celso e Pomponio, che non si trovano mai citati in Gaio [1]. A Marciano pertanto devono riferirsi i passi delle Istituzioni, in cui si trovano citazioni di Celso, Pomponio, Marcello, Scevola, Papiniano. Da tali passi poi, pel nesso strettissimo e per l'evidente continuazione dell'argomento, si può arguire rettamente per rivendicarne altri alla medesima fonte.

E così si spiega benissimo come mai nei libri III-IV delle Istituzioni non si trovi alcuna citazione di tali scrittori. Il compilatore di quei libri, che versano in gran parte sul tema delle obbligazioni e delle azioni, non potè quasi servirsi delle Istituzioni di Marciano, nelle quali (la cosa è veramente strana) di tali argomenti non si discorreva [2].

Alle *res cottidianae* si ascriveranno opportunamente quelle citazioni, che si riferiscono alle controversie scolastiche fra sabiniani e proculiani. Per altre, e soprattutto per le citazioni di Giuliano, si potrà rimanere in dubbio. Tuttavia si avverta che la formola « N. N. scribit » o « scripsit », è straniera allo stile gaiano [3]; mentre invece è assai frequente in Marciano. Ecco alcuni esempii tratti dalle sole Istituzioni marcianee: D. 28, 7, 16. 30, 113, 5. 32, 65 pr.; 3; 4. 30, 114, 7. 25, 7, 3, 1. Se, dunque, troveremo le formole « Iulianus scribit » o « scripsit », penseremo ancora a Marciano. Ecco intanto i frammenti delle Istituzioni, che per tali criterii si riconducono direttamente a Marciano, avvertendosi che essi gettano molta luce anche sui passi adiacenti:

---

(1) Sul *Sextus* in G. 2, 218 cfr. ora LENEL, *Pal.*, II, 1229.

(2) Su tale lacuna nelle Istituzioni di Marciano, v. per es. KRUEGER, *Gesch. der Quellen*, p. 225, e LENEL, *Pal.*, I, 652 n. 1.

(3) In tutte le opere di Gaio la incontro soltanto 2 volte (D. 21, 1, 20 [31 *ad ed. prov.*]: D. 38, 1, 49 [*de casibus*]). Invece trovo 20 volte la formola " N. N. placet - placuit "; quasi altrettante l'altra " N. N. putat ", 11 volte " N. N. ait " e molte altre varianti.

Libro I:

25, 2 ‘ Papinianus scripsit ’.
16 ‘ ut Scaevola dicebat ’. Modestino (D. 27, 1, 13, 2) cita Ulpiano e Paolo come sostenitori dell’opinione di Scevola e tace di Marciano, ch’egli non cita mai, ignorandone – come sembra – gli scritti.
26, 5 ‘ ut et Iulianus quoque scripsit ’
‘ idem Iulianus scripsit ’
7 ‘ ut Papiniano visum est ’.

Libro II:

1, 8 ‘ ut et Papinianus scripsit ’
6, 9 ‘ Papinianus scribit ’
10, 5 ‘ secundum quod Pomponio visum est ’
20, 12 ‘ Celsus existimat ’
14 ‘ Papinianus scripsit ’
16 ‘ Iulianus scripsit ’
25, 1 ‘ Papinianus ait ’.

Un secondo criterio può ricavarsi dalle citazioni di costituzioni imperiali [1]. Si avverta come rarissime sieno tali citazioni nelle Istituzioni di Fiorentino (D. 29, 1, 24. 41, 1, 16). Nelle reliquie delle Istituzioni ulpianee non si trova che la citazione « imperator noster (Antonino Caracalla) tribuit »: Coll. 16, 9, 3. Del resto, che in esse tali citazioni dovessero essere molto rare, si può arguire dalla elementarissima natura del libro. Anche nelle *res cottidianae* dovettero scarseggiare le citazioni; intanto nessuna si trova nei non troppo scarsi frammenti a noi pervenuti. Invece, non c’è quasi frammento delle Istituzioni di Marciano, in cui non abbondino grandemente le citazioni di costituzioni; anzi il Krueger nella sua *Storia delle Fonti* ha giustamente designato tale ricchezza di citazioni come una caratteristica del nostro scrittore. Senz’altro poi si dovranno attribuire a Marciano i passi delle Istituzioni dove troviamo

---

(1) Qui non si discorre di quelle citazioni, che si trovano nei brani dovuti ai compilatori stessi e che essi tolsero dalle costituzioni giustinianee; così la menzione del *beneficium divi Gordiani* (I. 2, 19, 6 = C. 6, 30, 22) e dell’ *edictum divi Traiani* (I. 3, 7, 4 = C. 7, 6, 1).

citate costituzioni dei « *divi* Severo e Antonino ». Nè, infatti, poterono citarsi da Gaio o Fiorentino, fioriti prima della morte di Commodo; nè così poterono citarsi da Ulpiano, che scrisse le sue Istituzioni imperando tuttora Caracalla (Coll. 16, 9, 3). Invece Marciano compose le sue Istituzioni, come tutti gli altri suoi scritti, dopo la morte di Caracalla.

Con tali riflessi si capisce benissimo perchè, mentre nel I libro delle Istituzioni giustinianee si trovano 12 citazioni di costituzioni imperiali e 26 nel II, se ne trovino solo 5 nel III e solo 1 nel IV! Abbiamo, infatti, già visto che nei libri III-IV quasi non si poterono adoperare le Istituzioni di Marciano. E così pure resta spiegato perchè, mentre nei libri I-II abbondano le citazioni di costituzioni di Severo e Antonino, non se ne trovi alcuna nei libri III-IV.

Ecco intanto i passi, che, secondo questo nuovo criterio, dovranno attribuirsi alle Istituzioni di Marciano:

Libro I:
25, 18-19; 26, 3-4 e 9.

Libro II:
6, 13; 10, 7; 15, 3; 17, 8 (7); 20, 5. 12. 15. 20.

Anche dal contenuto di un passo ben può ricavarsi qualche cosa. Per esempio i passi, in cui si annoverano le funzioni del *praefectus urbi* in materia di tutela (Inst. 1, 20, 4; 23, 3; 24, 4), dovranno riferirsi a Marciano. Tali incombenze cominciò il prefetto di Roma ad avere ai tempi di Settimio Severo; non ne avrebbero quindi potuto discorrere nè Gaio nè Fiorentino. Ma neppure Ulpiano nella sua elementarissima operetta si diffondeva certo su tali particolari.

Lo stile e la lingua possono fornire pure qualche indizio. Proprio di Marciano è l'uso frequentissimo del gerundivo (« sciendum est » « dicendum est » etc.); così pure l'uso straordinariamente frequente della forma « sed et » (D. 1, 3, 2 | 40, 1, 5, 1 | 1, 8, 6, 4 | 41, 1, 8, 1 | 49, 16, 9 pr. | 30, 112, 1 | 33, 7, 17, 1 | 5, 1, 51 | 30, 114, 16 | 36, 1, 31, 5 | 40, 5, 51 pr. | 34, 8, 3, 1 | 50, 7, 5, 1 | 35, 2, 91 | 48, 6, 3, 5 | ib. 5, 1 | 48, 7, 1, 2 | 48, 8, 3, 2 | 48, 9, 1 | ib., 3 | 48, 10, 1, 2; 3 | 48, 13, 5, 1; 4). Pure assai frequente è l'uso dell' avverbio *recte* (*rectissime*). Sono, invece, affatto straniere agli scritti di Marciano

le formole gaiane: « admonendi sumus », « dispiciamus », « superest, ut videamus » o « dispiciamus ».

Chi, per es., dubiterà che appartenga a Marciano Inst. 1, 14, 1: « *sed et* — *recte* tutor dari potèst — sed *sciendum est* — *recte* tutorem esse — aliud *dicendum est* »? E simili esempi si potrebbero moltiplicare e basterebbero a mostrare inesatta l' osservazione del Bremer (1), che vedo approvata dal Krueger (2), che cioè le particolarità di lingua e di stile dei vari scrittori non ebbero campo a manifestarsi negli scritti istituzionistici.

Assumendo tali passi delle Istituzioni e gli altri che per riflesso di questi si dimostrano attinti alla medesima fonte, si scorge meglio anche il rapporto originario di quelli contenuti nei Digesti e raccolti dal Lenel. A miglior prova di tale asserzione faremo seguire una ricostruzione dei primi 5 libri delle Istituzioni di Marciano guidata da tali criterii.

---

(1) *De Domitii Ulpiani Institutionibus*, p. 17.
(2) *Kritische Versuche*, p. 155 sg.

Intorno alle Istituzioni di Marciano [*].

Già in altre occasioni io mi sono occupato delle reliquie a noi pervenute di questo lavoro ricco di pregi, che offre per la critica moderna molti e non facili problemi. La presente nota mira soltanto a mettere in evidenza un elemento finora trascurato, la cui importanza non si limita al punto trattato direttamente, ma ne concerne altri di maggiore interesse.

Non può essere dubbio che le Istituzioni di Marciano siano state composte poco dopo la morte di Antonino Caracalla. In modo costante Caracalla vi è qualificato come « divus Antoninus » nelle numerosissime citazioni. Il Savagnone, il quale propugna una data anteriore per le altre opere di Marciano, è costretto di ammettere che le Istituzioni furono almeno pubblicate dopo la morte di Caracalla stesso, quantunque composte lui vivente [1]. Io non debbo qui occuparmi della questione cronologica degli altri scritti: gli argomenti del Savagnone sono ingegnosi; ma è da notare che le due isolate citazioni di Marciano, una in Paolo (*ad Ed.*, D. 7, 9, 8) e una in Ulpiano (*ad Sab.*, D. 28, 1, 5), sono senza dubbio erronee trascrizioni invece di altri nomi simili [2], tanto più facili in quanto che si usavano abbreviazioni; che « divus Severus et Antoninus » è pa-

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 34, 1901, pp. 736-41].

(1) *L'autore del fr. Dositeano* (estr. *Circ. giur.*, XXVII), p. 26 sg. Lo segue il Costa nella sua pregevole *Storia del diritto romano*, I, p. 91.

(2) Nel primo passo va letto col Lenel " Maecianus „ (cfr. D. 35, 3, 9); nel secondo verosimilmente " Marcello „.

rimenti trascrizione probabilmente erronea in luogo di « divi S. et A. »; mentre non è assolutamente ammissibile che un giureconsulto così rispettoso dell'uso ufficiale desse a Caracalla vivo l'appellativo di « magnus », che notoriamente non gli venne dato che colla consacrazione [1].

Che la servile adulazione dei cortigiani e l'entusiasmo dell'esercito per questo strano tipo di principe, certo non privo di virtù militari, la vita del quale attende tuttavia le indagini imparziali dei critici, dessero a Caracalla, che si piccava di emulare Alessando il Macedone, il denominativo di *Grande*, mentre era tuttora al mondo, è possibile, sebbene non provato; ma che un giurista, riferendone gli atti ufficiali, lo denominasse in tal guisa, eccede i limiti del credibile.

Se il citato autore poi, ammettendo la pubblicazione delle Istituzioni di Marciano avvenuta dopo la morte di Caracalla, sostiene che la loro composizione avvenne durante il suo impero, ciò si basa sul fatto che in esse, pur così ricche di citazioni, non viene ricordata alcuna costituzione imperiale posteriore a lui. Questo non è un argomento perentorio; poichè, dopo l'abbondantissima attività legislativa di Settimio Severo e di Antonino Caracalla, molto importante anche pel contenuto, venne un periodo relativamente lungo di sosta quasi completa. Ma una costituzione almeno, posteriore a Caracalla, è pur citata nei frammenti a noi pervenuti, ed è il *rescriptum imperatoris nostri* ricordato nel D. 37, 14, 5, 1. Si tratta di un principe vivente e quindi posteriore a quell'Antonino, che vien sempre mentovato come morto. Si può disputare se trattisi di Macrino, Elagabalo o Alessandro; ma che si tratti di costituzione posteriore a Caracalla non si può disputare. Il Savagnone dice che questo è un passo sfuggito alla pretesa revisione dell' opera avvenuta dopo la morte e la consacrazione di Antonino; ma su quale fondamento? Precisamente Alessandro si è molto occu-

---

[1] Cfr. ad es. LUEBKER, *Reallexicon*, p. 240. Nelle iscrizioni non si trova mai dato ad Antonino vivente l'epiteto di *magnus*, come risulta dagli indici del *Corpus*. Nelle monete coniate durante la sua vita in alcune provincie appare il nome di " Alessandro „ (cfr., ad es., EKHEL, *Doctr. numm. vet.*, II, p. 111; III, p. 508), non mai l'epiteto " grande „. Sulla consacrazione di Antonino vanno accolte con riserva le informazioni tramandateci da Dione Cass., 78, 9; 18; 19.

pato dei casi, in cui manca ai patroni il diritto di pretendere gli *imposita libertatis causa* (C. 6, 3, 6-10): il rescritto citato da Marciano esplicava (forse applicandola ai liberti latini) la sanzione già compresa nella legge Elia Senzia (D. 38, 2, 33). Devo poi aggiungere che un' altra citazione di una costituzione di Alessandro Severo è probabilmente contenuta in I. 1, 24, 2, che io ho rivendicato alle Istituzioni di Marciano. La frase insolita « constitutionibus imperialibus » è probabilmente sostituita dai compilatori all' altra, che essi non potevano mantenere, « const. (o rescr.) imperatoris nostri ».

Ma più importante è la ricerca intorno all' indole ed allo scopo del lavoro. Esso si distacca da tutti gli altri trattati di Istituzioni; fa larga parte al commento delle *leges iudiciorum publicorum* e di altre leggi; comprende molta casistica, molte citazioni di costituzioni e di autori e — cosa veramente singolare — in una notevolmente ampia esposizione del diritto privato non fa parola delle obbligazioni! L' opinione oggi prevalente [1] è che si trattasse di un libro destinato alla preparazione dei giovani, che intendevano di far carriera nella burocrazia imperiale, ed all' uso dei funzionari stessi. Ma così non si spiegano ancora certe ridondanze e certe lacune.

Se l' opera sia stata scritta in Roma o in provincia, non oso dire: se Marciano appartiene davvero alla storica famiglia degli Elii, era di origine romana. Ma quello, che io posso affermare senza titubanza, è che l' opera è stata scritta per l' uso dei provinciali, e in particolare dei provinciali di Oriente. Proverò questi due punti, l' uno all' altro subordinato, e poi ragionerò delle conseguenze che ne derivano.

La giurisdizione presupposta costantemente nell' opera è quella del preside della provincia, non quella dei magistrati urbani. Si parla delle manomissioni avanti ai proconsoli (D. 1, 16, 2 pr.) e avanti ai loro legati (fr. 2 cit., 1): si parla dei servi *qui testamento prohibiti sint manumitti vel iussu praesidis provinciae* (D. 40, 9, 9, 2); dei tutori dati dai presidi delle provincie (D. 27, 1, 21, 2. D. 40, 1, 5 [2]); della sorveglianza che in forza dei mandati devono i presidi delle provincie esercitare

---

[1] Da ultimo v. il PERNICE, *Die sogenannten res comm. omnium*, p. 4 sg.

[2] Nel secondo passo il *praefectus urbis* è ricordato per mostrare che al preside in provincia compete il potere spettante al *praef. urbis* in Roma.

sopra i *collegia* (D. 47, 22, 1 pr.); della giurisdizione concessa dal senatoconsulto Articuleiano ai presidi delle provincie (D. 40, 5, 51, 7: Marciano è l'unico giurista, che ricordi questo senaconsulto); dell'obbligo fatto dai *mandata* ai *praesides* di « conquirere » certe specie di malfattori (D. 48, 13, 4, 2) e dell'ufficio intimato ai « proconsules praesidesque provinciarum » di *compellere* i *patres familias* perchè vogliano i loro figliuoli « in matrimonium collocare et dotare » (D. 23, 2, 19). Con generale espressione avverte il giurista che quelle pratiche dei provinciali, che in Roma sarebbero devolute a diversi dicasteri, « ad officium praesidum pertinent » (D. 1, 18, 11). Allo stesso risultato porta la menzione dei *procuratores Caesaris* (D. 49, 14, 32: cfr. D. 18, 1, 46, Marc. *de delatoribus*).

È inoltre da notare come pure nell'opera sui *publica iudicia* Marciano non conosca che la giurisdizione dei governatori provinciali. Il « praefectus urbis » è solo ricordato nella citazione di un rescritto imperiale che accenna alla corrispondente giurisdizione del preside (D. 47, 19, 3); del resto, l'opera comincia coll'inculcare al preside l'obbligo della vigilanza, a cui si connette quello della residenza (D. 1, 18, 15): si parla degli imputati rimessi « ad praesidem » (D. 48, 3, 6 pr.); delle attribuzioni dei *praesides provinciarum* « circa requirendos adnotatos » (D. 48, 17, 1, 2: cfr. ib., 1, 4). Verosimilmente a quest'opera va riferito il C. 48, 22, 12, ove (secondo i Basilici) si leggeva: « A sua civitate relegatus, si non excedat, ad tempus *a provincia* relegatur ». In quest'opera poi si fa ripetutamente menzione degli *irenarchi* (D. 48, 3, 6 pr. 1), i quali non esistevano che in Egitto ed in varie città dell'Asia Minore [1]; a queste ultime pensa evidentemente Marciano, che ricorda le riforme di Antonino Pio durante il suo governo asiatico.

Da ultimo accennerò ancora che nel libro *ad S. C. Turpillianum* Marciano afferma che l'abolizione deve concedersi esclusivamente dal preside: « nullus alius .... quam praeses pronuntiare potest » (D. 48, 16, 1, 11: cfr. § 8 « a praesidibus postulari ac impetrari solet »: § 12 « praesidis est super ea re notio »).

Non sono dunque stato temerario quando ho attribuito I. 1, 13, 5, in cui si accenna solo alla giurisdizione del pre-

---

(1) Cfr., ad es., CAGNAT in DAREMBERG et SAGLIO, III, 573.

side (« confirmandus est ex sententia praesidis omnimodo »), alle Istituzioni di Marciano.

Alle cose dette rispetto a queste ultime si può aggiungere che molti altri indizi comprovano l'affermata destinazione: si tien conto del divieto fatto a chi « in provincia officium aliquod gerit » di contrarre nella provincia stessa matrimonio (D. 23, 2, 57. 34, 9, 2, 1-2) e a chi milita in provincia di acquistare fondi nella stessa (D. 49, 16, 9 pr.): si ricorda che le regole circa i *collegia* valgono non solo in Roma e in Italia, ma anche *in provinciis* (D. 47, 22, 1 pr.); si enumerano spesso con cura i rapporti giuridici colle « civitates » (1); si discorre degli « inquilini » che « praediis adhaerent » (D. 30, 112 pr.), i quali allora non erano in Italia; delle facoltà dei *procuratores Caesaris* nelle alienazioni (D. 49, 14, 30). Che si tratti di provincia orientale, è pur verosimile. Lo sfoggio di citazioni greche, di Demostene, Crisippo e Omero, mostra l'intento del libro rivolto ad un pubblico grecoloquente. Gli esempi concernono la « respublica Sardianorum » (D. 33, 1, 24) e il prefetto dell'Egitto (D. 48, 10, 1, 4); è ricordato il rescritto di Adriano ai Clazomenii (D. 50, 7, 5 [4], 5). L'esame delle altre opere viene in conferma; si discorre nei *publica iudicia* del « caput mandatorum » proposto sotto l'editto da Antonino Pio « cum provinciae Asiae praeerat » (D. 48, 3, 6, 1) e si tratta degli irenarchi, la cui istituzione è esclusiva delle provincie orientali.

Da tale determinazione della data e dello scopo dell'opera risulta chiara la relazione con la celebre costituzione di Antonino Caracalla, che estendeva a tutti o quasi i sudditi la cittadinanza e quindi l'uso del diritto romano. L'opera di Marciano è appunto diretta a facilitare il compito della diffusione del diritto romano in Oriente ed a porgere agli orientali ed in ispecie alla parte più colta, chiamata ad assumere le magistrature e gli uffici locali, la conoscenza del diritto romano. L'opera mira a conciliare gli animi al nuovo diritto; dove si può, e cioè nelle generalità vaghe, si fa ricorso a Demostene ed a Crisippo « summus stoicae sapientiae »: Omero è più di una

(1) Cfr. Cic., *ad Att.* 6, 1, 15: ... (genus) est provinciale, in quo est de rationibus civitatum...

volta citato a riprova delle regole giuridiche romane. È esposto quello che più importa di far conoscere a questo intento: i diritti di famiglia, di patria potestà e di tutela; i diritti di patronato; i diritti reali e soprattutto il diritto ereditario, erano quelli che nel diritto privato offrivano le maggiori e più numerose divergenze dal diritto ellenico, e sono quelli appunto che Marciano si è assunto di trattare. La materia delle obbligazioni divergeva assai meno; sorprende tuttavia che Marciano non abbia trattato delle stipulazioni e delle materie contermini. Forse all'uopo bastava il trattato di Gaio *de verborum obligationibus* già diffuso in quelle provincie.

Lo scopo di Marciano è quello stesso a cui ha mirato anche il suo contemporaneo Medestino nella sua opera sulle *excusationes*. Anzi Modestino la scrisse addirittura in greco, avvisandoci però nella prefazione che ai suoi tempi le materie tecniche di diritto non si credevano suscettibili di essere esposte in greco (εἶ καὶ οἶδα δύσφραστα εἶναι αυτὰ νομιζόμενα πρὸς τάς τοιαύτας μεταβολάς: D. 27, 1, 1, 1); ciò spiega perchè Marciano abbia scritto in latino. Carattere comune alle Istituzioni di Marciano ed alle *excusationes* di Modestino è la copia straordinaria delle citazioni di costituzioni imperiali, soprattutto delle più recenti: di quelle dei « *divi* Severo e Antonino ». Il perchè è confessato da Modestino stesso. Quegli orientali desideravano dei libri, in cui trovar riferiti i testi da citare nei tribunali e nelle pratiche amministrative o da confrontare se da altri citati: « io, dice questo autore nella citata prefazione, occorrendo, ho aggiunto il testo stesso delle costituzioni, affinchè quelli che devono o recitarlo o leggerlo abbiano pronto tutto il materiale che può abbisognare » (§ 2). Non c'è dubbio che lo stesso pensiero avesse Marciano nel comporre le Istituzioni e le altre opere dirette al medesimo fine.

De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea (*).

I.

De ultimo libri IIII[i] titulo.

Quod in praefatione sua Huschkius coniecerat, ultimum scilicet libri IIII[i] Institutionum iustinianarum titulum eidem auctori tribuendum esse qui duos priores libros composuisset, id Grupius in ea quam de compositione harum Institutionum scripsit commentatione pluribus argumentis ex loquendi usu potissimum haustis confirmare conatus est. Sed cum omnes prorsus rationes ab Huschkio l. l. collatae minimi momenti sint, tum etiam argumenta, quae Grupius attulit, vix mihi sufficere videntur, ut hunc titulum a ceteris eiusdem libri seiungamus et alteri vindicemus auctori. Immo plura, si quid video, eo titulo insunt, quae contra adduci possint.

Et revera verba quae I. 4, 17 pr. legimus « *superest* ut de officio iudicis dispiciamus » nullomodo probant id fuisse auctoris consilium, ut eiusmodi materiae tractatione totum librum absolveret. Ea enim est huius φράσεως significatio: « iam est ut dispiciamus » seu « nunc ipse rerum ordo nos admonet, ut tractemus »: nequaquam vero illa « nihil aliud nobis restat, nisi ut dispiciamus ». Quae significatio gaianis exemplis optime demonstratur: cfr. e. gr. 4, 114; 138, ita ut nihil haec dictio ab altera « sequitur ut dispiciamus » (cfr. G.

(*) [In *Zeitschr. der Sav.-Stift. für Rechtsg.* (rom. Abt.), 11, 1890, pp. 106-121].

4, 161. I. 4, 13 pr.; 15 pr.) distare videatur. Nonne autem in I. 4, 12, 2 (sicuti apud Gaium) scriptum est « superest ut admoneamus » ? Quod si dicas hanc dictionem ideo usurpatam esse, quia ut totus de actionibus sermo absolveretur, id tantum admonendum erat, eadem ratione dici potest ita in I. 4, 17 pr. scriptum fuisse, quia ad totius privati iuris elementa complenda una de officio iudicis tractatio desiderabatur.

Restat ut grupiana argumenta refellamus. Verbum *extendere* in priore Institutionum parte docet Grupius iungi praepositioni *in* modo cum ablativo, modo cum accusativo (I. 1, 22 pr. 1, 24, 2. 2, 19, 6), in posteriore parte praepositioni *in* cum solo ablativo (3, 27, 7). Legimus autem I. 4, 18, 3: « lex — — in eos suum vigorem extendit ». Sed cum Grupius ex duobus posterioribus libris unum tantummodo afferat exemplum, quis non videt quam fragili demum fundamento eius nitatur demonstratio ? Praesertim cum illud quoque dici possit non eandem esse in I. 3, 27, 7 atque in § 3 l. huius verbi vim et significationem. Illic enim dicitur voluisse Iustinianus dupli « augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi » h. e. « per totam legatorum provinciam » ; hic autem de lege est sermo, quae in malos perditosque homines suum vigorem ostendit, h. e. « adversus scelestos homines poenas minatur ». Quae cum ita se habeant, quis miretur in tam diversa verbi vi atque efficacia diversos quoque casus adhiberi ? Nihil igitur hoc exemplum ad auctorum diversitatem demonstrandam confert.

Verbum *admittere* in sola posteriore Institutionum parte ita usurpari Grupius admonet, ut eo peccandi seu delinquendi actio significetur: hanc autem vocem adeo huius partis compositorem in deliciis habuisse, ut, cum apud Gaium 3, 202 legeret « furtum committeretur », ipse « furtum admitteretur » scriberet (I. 4, 1, 11). Cum autem I. 4, 18, 8 legamus « qui vim commiserint », vix esse Grupius ait, ut illi huius tituli compositio tribuit possit. Haec omnia aliquid sane momenti haberent, si revera constaret posteriorum librorum compositorem ab hac voce constanter abhorruisse et penitus abstinuisse. Id autem non ita se habet. Contra facile ostendi potest saepissime, cum apud Gaium verbum *committere* in ea significatione legeret, id eum retinuisse, e. gr. I. 4, 4, 1; ib. 3; 4, 8 pr.; 5 (bis); 6 (bis) et alibi saepius, ut sine temeritate dici possit probabilius eum

in G. 3, 202 « admitteretur » in suo libro legisse; ridiculum enim esset dicere librum illum nostrum veronensem, quem unicum novimus, iustinianos ante oculos habuisse. Sed haec omnia supervacua sunt, cum ille ipse qui duos posteriores libros composuit etiam ubi non alios descripsit sed sua protulit eam usurpaverit dictionem, cfr. e. gr. I. 4, 8, 6 « si dominus in servum suum aliquid commiserit ». Cur idem non potuit § 8 l. componere? praesertim cum Iustiniani constitutio, quae ibi laudatur, quaeque sane auctori cum scriberet ante oculos versabatur, bis de crimine commisso (C. 9, 13, 1, 1; 1[c]) loquatur (1).

Sunt contra argumenta nec pauca nec leviora, quae ad nostram sententiam comprobandam plurimum conferant. Quorum unum nec Grupium fugit, qui tamen eius vim non satis perpendisse videtur. Dictio « ex latioribus digestorum sive pandectarum libris » (I. 4, 18, 12) in duobus prioribus Institutionum libris nusquam legitur; contra ea vel aliae simillimae octies in duobus posterioribus inveniuntur, 3, 12 pr.; 3, 23, 2; 4, 6, 2; ib., 5; ib., 37; 4, 13, 6; 4, 14, 3; 4, 18, 12. Huiusmodi autem dictiones auctoris stylum multo melius produnt, quam reliqua vocularum seu casuum observatio. Non enim facile quis sibi adeo semper constans invenietur, ut nunquam ab alicuius vocis seu verborum coniunctionis usu deflectatur; id autem in illarum dictionum usum non cadit, quas aliquis sibi creat et in deliciis (ut fit) habet (2).

I. 4, 18, 6 magna ex parte ex constantiniana constitutione hausta est, quae legitur C. 9, 17, 1. Eiusmodi paragraphi, quae integre vel fere ex principum constitutionibus hauriuntur, plures in duobus posterioribus Institutionum libris leguntur: cfr. I. 3, 1, 2[a] = C. 5, 27, 11; I. 3, 2, 3[b]; 4 = C. 6, 58, 14: I. 4, 1, 8 = C. 6, 2, 20; ib., 16 = ib., 22, 1-2; I. 4, 13, 11 = C. 2, 12 (13), 7. Contra in duobus prioribus libris una est paragraphus, quae ex Iustiniani constitutione post veterem codicem lata sumpta est (I. 1, 11, 2 = C. 8, 47 [48], 10); nullus

---

(1) Cetera Grupii argumenta missa facio; exiguiora enim sunt.

(2) Vocem "aperte „ (— ius — issime) in libro I et II frustra quaeri monet GRUPIUS (*Comm.*, p. 16), cum in postremis duobus libris sit frequentissima; eam autem invenies I. 4, 18, 8.

autem locus ex vetere codice in illorum librorum textum migravit. Auctor vero ultimi libri IIII[i] tituli, qui ex eo codice hausit, idem fuisse videtur atque ille qui duos posteriores libros composuit. Ex D. 50, 16, 233, 2 fere tota § 5 derivata est. Eiusmodi autem Digestorum usus in duobus posterioribus libris multo frequentior est, quam in duobus prioribus, quorum auctor plerumque a describendis pandectarum verbis abhorruisse videtur.

Quod igitur prima etiam facie credibilius videtur, eum nempe qui ceteros libri titulos composuerit etiam illius postremi auctorem esse, id, re perpensa, pro certo habendum est.

Hoc unum tamen, arbitror, obici posset. In duobus prioribus libris imperatorum constitutiones non raro *sacrae* appellantur (¹) (1, 5, 1; ib. 10, 12; « *sancta* const. » 1, 22 pr.; 2, 10, 3; 2, 12 pr.), id vero in duobus posterioribus libris nusquam occurrit, nisi quod I. 4, 18, 10 « ex *sacris* constitutionibus » legitur. Hic tamen locus mendo laborare videtur. Nam vix tolerabilis est huiusmodi dicendi modus: « lex Fabia — — quae — poenam *ex sacris constitutionibus* inrogat ». Probabilius olim scriptum fuerat « pecuniariam poenam inrogat; sed ex novellis constitutionibus interdum capitis poena inrogatur », cfr. *Collatio legum*, ubi eadem fere observatio continetur, 14, 6 (²). Postea vero emendatus est locus, seu potius corruptus, ne novellarum constitutionum mentio ad Iustiniani ipsius νεαρὰς διατάξεις referretur. Cuius perturbationis vestigia vel in graeco Institutionum indice persequi quis posset: « ὅς [scilicet ὁ φάβιος] ἐσθότε κεφαλικὴν ἐκ τῶν βασιλικῶν ἐπάγει διατάξεων τιμωρίαν, ἐσθότε δὲ κουφοτέραν, ὥς ἐκ τοῦ κώδικος καὶ τῶν διατάξεων ἔστι γνῶναι ». Quid sibi volunt hae constitutiones, quae praeter codicem laudantur? Immo quid sibi vult haec tota adiectio, cuius nil similis in toto graecarum institutionum corpore invenitur? Inde, si quid video, recte arguendum foret in ipso libro, qui graeco interpreti praesto erat, totam hanc paragraphum mirum in modum interpolatam et confusam fuisse.

(¹) Cfr. I. 2, 6, 16: " nostra autem divina constitutio „.

(²) I. 3, 28 pr. " novellae nostrae constitutionis „. Ceterum ea quae de novellis constitutionibus in Collatione l. l. traduntur verisimilius ex scholiis ad Pauli librum quintum sententiarum hausta esse credendum est, quae etiam iustiniani ante oculos habere potuerunt.

II.

De auctoribus, qui in Institutionibus laudantur.

In I libro auctores hi laudantur: 1, 4 pr. Marcellus; 1, 10, 9 Iulianus; 1, 11, 12 Cato; 1, 13, 1 Servius; 1, 25, 2 Papinianus responsorum V; ib., 16 Scaevola; 1, 26, 5 Iulianus; ib., 7 Papinianus.

In II libro laudantur: 2, 1, 8 Papinianus; ib., 25 Sabiniani et Proculiani; ib., 38 Iulianus; 2, 5, 5 Marcellus; 2, 6, 9 Papinianus; 2, 10, 5 Pomponius; 2, 14 pr. Atilicinus et Paulus; 2, 20, 9 Iulianus; ib., 12 Celsus; ib., 14 Papinianus; ib., 16 Iulianus; ib., 18 Iulianus; ib., 20 Iulianus; ib., 36 Sabinus; 2, 23, 7 Papinianus; 2, 25, 1 Papinianus.

In III libro: 3, 8, 2 Iulianus et alii plerique; 3, 23, 2 Sabinus et Cassius, Proculus; 3, 24, 4 Cassius; 3, 25, 2 Q. Mucius et Servius Sulpicius; 3, 26, 6 Sabinus; ib., 8 Sabinus et Cassius; 3, 29, 2 Gallus Aquilius.

In libro IIII: 4, 3, 1 Aelius Marcianus; ib., 15 Sabinus; 4, 5, 2 Iulianus; 4, 18, 5 Gaius.

Patet ergo ante omnia multo frequentius nomina auctorum in duobus prioribus, quam in duobus posterioribus libris laudari, idque qua ratione factum sit ex sequentibus apparebit.

Omnia, quae recensuimus, exempla optime videntur mihi trifariam dividi posse:

1) Laudatur auctor, unde is, qui Institutionum textum confecit, hausit seu verba seu sententiam.
2) Nomen auctoris, qui laudatur, ex Iustiniani constitutionibus sumptum est.
3) Nomen auctoris in iuris libris extabat, unde ipse Institutionum textus confectus est.

Auctor operis unde is textum hausit, qui Institutiones composuit, in solo IIII libro laudatur. Adferuntur nempe Marcianus (4, 3, 1) et Gaius (4, 18, 5). Illud animadvertendum est in his duobus exemplis etiam operis nomen laudari: « sicut Aelius Marcianus in suis Institutionibus refert »: « Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit ». Id autem (saltem in duobus libris posterioribus) nusquam alibi occurrit;

nam simpliciter iurisconsultus laudari solet, omissa eius operis mentione. Quibus exemplis etiam I. 1, 4 pr. addendum foret, si revera, uti nunc Lenelius proponit (Palingenesia, I, 652, n. 2), pro « Marcello » « Marcianus » legi oporteret. Id tamen non esse concedendum infra pluribus argumentis apparebit.

Auctoris nomen, qui laudatur, interdum ex ipsa iustinianarum constitutionum praeparatione manavit. Eiusmodi exempla in duobus tantum prioribus libris occurrunt: omniaque ad eas constitutiones referuntur, quae post veterem iustinianum codicem promulgatum latae sunt. Ut ecce: 1, 11, 12 « apud Catonem bene scriptum refert antiquitas — — unde et nos eruditi in nostra constitutione cet. » (cfr. C. 7, 6, 1, 10 a. 531); 2, 5, 5 « secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata » (cfr. C. 3, 33, 13 a. 530); 2, 14 pr. « quod non per innovationem induximus, sed quoniam... Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert » [1]. Qui auctores in ipsis constitutionibus, quales nunc nobis prostant, sane non laudantur; probabilius autem in Triboniani relatione ad principem facta continebantur, unde non temere quis coniecerit ipsum Tribonianum eiusmodi notitias conlegae suo (Theophilo, ut videtur) comparasse. Meminisse etiam iuvabit in prioribus duobus libris saepe Tribonianum laudari, id quod in posterioribus nunquam fit; patet ergo inter sacri palatii quaestorem eumque, qui duos priores libros confecit, aut necessitudinem aut singularem quandam amicitiam extitisse. Exemplis, quae attulimus, hoc quoque addendum est, quamvis iustiniana constitutio hodie non extet, I. 2, 23, 7: « quia — et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat — — ideo — (nobis) placuit etc. ». Contra nil similis offerunt duo libri posteriores.

Omnia igitur exempla auctorum a iustinianis laudatorum ad haec duo genera rediguntur, quorum alterum duorum librorum priorum, alterum duorum posteriorum proprium est. Cetera exempla, ad quae nunc pergimus, non ipsis iustinianis debentur, sed potius veteribus iurisconsultis, ex quibus isti textum suum hauserunt.

---

[1] Cfr. C. 6, 27, 5, a. 531.

Sed hic quoque novam inter priorem alteramque Institutionum partem differentiam inveniemus. Et quamvis hunc tractatum iam breviter alia commentatione executus sim [1], nunc diligentius res dispicienda est.

Is, qui duos priores libros composuit, plerumque nomina auctorum in libris ab ipso excerptis laudatorum retinuit; contra alter Institutionum compilator ea saepenumero describere neglexit. Id ex locis in Digestis servatis potissimum apparet. Raro evenit, ut nomen auctoris in Digestis laudati in duobus prioribus Institutionum libris quoque non occurat (e. gr. I. 2, 1, 13 = D. 41, 1, 5, 1 ex G. 2 rer. cott.); contra fit, ut nonnunquam in his libris nomen servatum sit, quod in Digestis non invenitur. Ut ecce: I. 1, 4 pr. « et *Marcellus* probat »: D. 1, 5, 5, 3 « *rectius* probatum est »; I. 2, 1, 8 « etiam diruto aedificio adhuc (locus) sacer manet, ut et *Papinianus* scripsit »: postrema verba omittunt D. 1, 8, 6, 3; I. 2, 20, 16 « teneri eum *Iulianus* scripsit » = D. 30, 112, 1 « tenetur ». Nil vero eiusmodi in duobus libris posterioribus occurrit.

Quod ad primum, quem attuli, locum perperam censent aliqui pro « Marcellus » « Marcianus » legendum esse. Nunquam enim solet auctor duorum priorum librorum scriptores laudare, unde ipse verba haurit; id fit interdum a ceterorum librorum auctore, sed plane altera forma, uti vidimus. Accedit quod verba quae nunc in Digestis l. l. inveniuntur, scilicet « et tamen *rectius* probatum est », vix veteri iurisconsulto tribui posse videntur, cum iustinianorum stylum valde oleant. Marcellus autem saepius a Marciano laudatur, cfr. D. 30, 113 pr.; 30, 114, 3; ib., 4; ib., 16; 25, 7, 3, 1 [2]. « ὁ Μάρκελλος » in libris manu scriptis graecarum institutionum non legitur [3].

Contra, uti l. l. ostendi, posteriorum librorum auctor iurisconsultorum nomina tunc etiam omittit, cum ea Digesta servent. Unde facile intellegi potest, cur tam rarius occurrant in duobus posterioribus libris veterum prudentium nomina.

---

(1) [Cfr. *supra*, p. 202].

(2) Hic locos tantum ex Marciani Institutionibus congessi. Nam in ceteris quoque libris Marcellus a Marciano saepissime laudatur, ut quisque facile videre potest.

(3) Nomen enim excidit, ita ut verbum " φησίν „ subiecto careat. FABROTUS legit " ὁ Μαρκιανός „, scilicet ex sua coniectura: cfr. editionem meam ad h. l.

Restat, ut videamus ex quibus demum auctoribus eiusmodi prudentium laudationes in Institutionum textum defluxerint. In hac vero inquisitione ita procedam, ut locos ex gaianis institutionibus sumptos, vel qui etiam in Digestis occurrant, prorsus omittam; ad ceteros vero quod attinet, demonstrare conabor, unde iustiniani textum suum hauserint. Erit igitur quodammodo eius rationis specimen, qua ni fallor universi Institutionum corporis fontes facile deprehendi poterunt.

Illud ante omnia teneamus necesse est, iustinianos Institutionum corpus ex Digestis principumque constitutionibus, ex Gaii institutionum atque rerum cottidianarum commentariis, ex Ulpiani Florentini Marciani institutionibus composuisse.

Ulpianus in suis Institutionibus nullum auctorem laudasse videtur [1]; hunc autem morem etiam in libro singulari regularum retinuit, si Cassianorum Proculianorumque mentionem (11, 28) excipias. Unde sequitur valde dubium esse quod Huschkius proposuit, scilicet l. l. legendum esse « Prisco » pro nota prisq.: Mauricianum autem (13, 2) senatusconsultum, non prudentem esse (quod etiam Lenel admittit (Paling. I, 691), verisimilius est (cfr. Huschkium ad h. l.) Ceterum in eius, quae extant, Institutionum fragmentis atque in his institutionum partibus, quae a Bremero Kruegeroque ei adscribuntur, nulla iurisconsultorum mentio invenitur. Patet ergo eos locos, in quibus aliqua prudentium laudatio occurrit, eius Institutionibus non esse temere adscribendos.

Eadem fere de Florentini Institutionibus dicenda videntur. Una enim tantum in omnibus eius fragmentis Trebatii laudatio occurrit (qui tamen potius in Pii constitutione laudatus fuisse videtur: D. 41, 1, 16); nam quod ait, stipulationem, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio compositam esse, in hanc speciem prorsus non cadit (D. 46, 4, 18, 1). De iis enim iurisconsultorum mentionibus loquimur, quae ideo fiunt, ut eorum auctoritas aliquam tueatur sententiam.

Contra iurisconsultorum nomina passim laudantur tam in Marciani Institutionibus, quam in Gaii rebus cottidianis. Est tamen aliqua in ratione, qua uterque auctores suos adferre

---

[1] Si excipias illud " ut eleganter Celsus definit " (D. 1, 1, 1 pr.). Sed non ideo Celsus laudatur, ut sententia quaedam eius auctoritate confirmetur.

consuevit, differentia. Ne illud moneam plures a Marciano scriptores laudari, quae post Gaii obitum demum floruerunt, non est tacendum multo crebriores esse apud Marcianum eiusmodi auctorum laudationes. Gaius enim in iis fragmentis rerum cottidianarum, quae in Digestis servantur, bis diversarum scholarum praecipuos auctores attulit (D. 17, 1, 4. 41, 1, 7, 7); semel Trebatium, cui plerorumque sententiam opponit; semel denique Iulianum. Marcianus autem saepius iuris auctores tam antiquos (Trebatium Labeonem Cassium) quam recentiores (Aristonem Celsum Sabinianos Pomponium Cervidium Scaevolam Marcellum Papinianum) in Institutionibus suis testes adduxit. Aristonem autem Celsum et Pomponium [1] nunquam a Gaio in operibus suis laudatos esse constat.

Quibus perspectis, necnon quibusdam styli cuiusque scriptoris proprietatibus, illuc deveniemus ut singularum auctorum mentionum, quae in Institutionibus occurrunt, fontes ostendamus. Locos igitur ex Institutionibus sumptos, ubi aliqua veterum iurisconsultorum mentio occurrit, qui neque in Digestis neque in gaianis institutionibus nobis sunt servati, secundum librorum ordinem huc adducam et de eorum origine quaedam breviter proponam.

Ex libro I:

10, 9: « Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait ». Huiusmodi Iuliani laudatio (cfr. ea quae supra monuimus) tam Gai rerum cottidianarum commentariis, quam Marciani Institutionibus tribui posset. Plura tamen suppetunt argumenta, quae Gaium ostendant auctorem. Vix enim alicui dubium esse potest §§ 3-10 h. t. atque § 12 ex uno scriptore esse haustas. Hunc autem scriptorem Gaium esse inde evincitur, quod in §§ 3. 6. 7. 9 pronomen « tu » usurpatur; id vero in rerum cottidianarum libris frequenter occurrit (D. 41, 1, 7, 2; ib. 7, 7; ib. 9, 1 et 5; 17, 1, 2 pr. seqq.), sicuti in gaianis Institutionibus: sed nusquam in Institutionibus Marciani. Dixerit tamen aliquis fieri potuisse, ut in opere genuino primae personae pronomen « ego » usurparetur, idque a compilatoribus esse mutatum. Sed hoc quoque pronomen rarissime in Marciani Institutionibus

---

[1] De Sexto, qui Inst. 2, 118 laudatur, cfr. nunc LENEL, *Pal.*, II, 1229, n. 2.

occurrit, nunquam vero in locis, ubi de nuptiis tractatur; immo in huius operis fragmentis, quae non adeo pauca neque exigua in Digestis servata sunt, id bis tantum invenitur (D. 7, 1, 38. 46, 3, 40). Dicendi quoque ratio Gaium omnino redolet; conferantur autem §§ 61-64 libri I Gai Institutionum, ubi saepius eadem sententia deprehenditur. Inde facile explicari potest, cur § 12 partim cum Gai. 1, 64 verbo tenus conveniat; id autem inter Institutionum aureorumque commentarios non raro evenit.

25, 2 « ut Papinianus responsorum libro V scripsit ». Haec Papiniani laudatio nonnisi Marciano tribui potest, ut ex his quae supra diximus conicitur. Accedit solum Marcianum inter omnes institutionum auctores ita iurisconsultos interdum laudare, ut non modo eorum nomina, sed etiam operis titulum librique numerum afferat [1]. Immo totum hunc titulum vel fere ex Marciani Institutionibus esse sumptum vel ex locis probatur, qui cum servatis Marciani fragmentis verbo tenus conveniunt, cfr. § 4 = D. 27, 1, 21 pr.; § 16 = D. ib., 21, 1-2. Patet nempe pleraque in Digestis omissa fuisse. Huc pertinet et Scaevolae laudatio, quae in § 16 invenitur: « ut Scaevola dicebat », quaeque nonnisi Marciano tribui potest [2] (locus deest in Digestis).

26, 5 « ut et Iulianus scripsit »

ib., « idem Iulianus scripsit »

26, 7 « ut Papiniano visum est »

Tres hae citationes Marciano acceptae sunt ferendae. Omnimodo enim credibile videtur, ut §§ 4-10 huius tituli uno eidemque auctori sint referendae, Papiniani autem laudatio nonnisi Marciano convenit. Quod ad eius formam cfr. Marc. (3 inst.) D. 41, 1, 11 « ut Sabinianis visum est ». Huc accedit hunc laudandi modum « Iul. scripsit » a gaiano stylo fere alienum esse. Bis enim tantum in omnibus Gai operibus, quae aetatem tulerunt, verbum « scribendi » hac significatione usurpatur, h. e.

---

(1) D. 30, 113, 5 " Papinianus libro III responsorum scribit "; 30, 114, 3 " apud Marcellum libro XXII digestorum "; 25, 7, 3, 1 " ut et Marcellus libro VII digestorum scripsit "; 36, 1, 34 " scribit Celsus libro XX dig. ".

(2) Modestinus (D. 27, 1, 13, 1) post Cervidium Scaevolam etiam Paulum et Ulpianum affert; de Marciano autem tacet. Nunquam vero laudatur Marcianus a Modestino.

lib. de casibus (D. 38, 1, 49) et 31 ad ed. prov. (D. 21, 1, 20) [1]; ceterum longe aliae φράσεις adhibentur, inter quas frequentissimae sunt « putat », « placet » seu « placuit », « ait ». « Alicui placere » legitur apud Gaium saltem vicies; « aliquis putat » fere toties; « aliquis ait » in undecim saltem locis. Contra hic laudandi modus « aliquis scripsit » Marciano in deliciis fuisse videtur; exempla afferam plura ex solis Institutionibus deprompta: « et Papinianus scribit » D. 28, 7, 18; « Papinianus libro tertio responsorum scribit » D. 30, 113, 5; « Labeo scripsit » D. 32, 65 pr.; « Celsus scripsit », « Cassius scripsit » D. 32, 65, 3-4; « Papirius Fronto scribit » D. 30, 114, 7; « ut et Marcellus - scripsit » D. 25, 7, 3, 1.

Ex libro II:

1, 8 « ut et Papinianus scripsit ». Hanc Papiniani laudationem ad Marcianum pertinere (id quod ex rebus nuper tractatis iam per se liquet) supra aliis quoque argumentis ostendimus.

1, 38 « ut et Iuliano visum est ». Locus Gaio est tribuendus; totum enim comma §§ 35-38 ex rerum cottidianarum commentariis (cfr. § 37 = D. 22, 1, 28) petitum esse pro certo habendum esse videtur. Haec autem laudandi ratio etiam alibi apud Gaium deprehenditur; cfr. Gai. 3, 133 « Sabino autem et Cassio visum est ».

6, 9 « Papinianus scripsit ». Necesse est de Marciano cogitemus, cui §§ 8-10 et § 13 h. t. adscribendae sunt ut vel ex divorum Severi et Antonini constitutionibus, quae ibi laudantur, abunde patet. Sed de hoc pluribus infra.

10, 5 « secundum quod Pomponio visum est ». Marciano quoque videtur tribuenda haec laudatio, cui totum hoc comma §§ 5-7 vix abiudicari potest. Id melius inferius apparebit. Iam vidimus Pomponium nunquam a Gaio laudari.

20, 9 « Iulianus ait »: tam Gaio quam Marciano tribui haec laudatio potest.

20, 12 « Celsus existimat »: de Marciano est cogitandum, neque enim Celsus a Gaio solet laudari (cfr. autem Marc. 7 inst. D. 32, 65, 3 « Celsus scripsit »; id. 8 inst. 36, 1, 34 « scribit

---

[1] Adeo ut interpolationis suspicio non admodum remota esse videatur.

Celsus libro vicensimo digestorum »), neque Gaio locum tribui permittunt Severi et Antonini constitutiones, quae adferuntur.

20, 14 « Papinianus scripsit » : cfr. supra.

20, 16 « Iulianus scripsit ». Locum iam attulimus. Marciano eum tribuendum esse vel ex D. 30, 112, 1, ubi tamen plura omissa sunt et Iuliani mentio excidit, probatur.

20, 18. 20 « Iulianus ait »: hae omnia videntur Gai esse, quamvis posterior §ⁱ 20 pars Marciano sit vindicanda. Quod ad § 36 attinet, item de Gaio cogitandum esse videtur.

25, 1 « Papinianus ait ». Hae §§ ex Marciano sumptae esse videntur (multis tamen omissis): cfr. §§ 2-3 = D. 29, 7, 6 pr. 1.

Ex libro III:

8, 2 « quod et Iuliano et aliis plerisque visum est ». Totus hic titulus ex Gai rer. cott. commentariis haustus est, ut nemini dubium esse potest, qui Gai scribendi modum vel modice novit. Dictiones huiusmodi « in summa - admonendi sumus », « unde quaerebatur - sed placuit » Gaium omnino redolent, neque apud ceteros iurisconsultos usquam inveniuntur.

25, 2 « Quintus Mucius - existimavit » : « Servius Sulpicius - contra sentit ». Ex ipso laudandi modo patet Gaium auctorem esse; haec autem ex ipsius rerum cottidianarum commentariis esse deprompta vel ex concordantia manifestum est, quae inter hunc locum et eius Inst. 3, 149 intercedit.

26, 6 « optinuit Sabini sententia » : cfr. Gai. 3, 156.

26, 8 « ut Sabino et Cassio placuerit » : « diversae scholae auctores - existimant » : ex Gai reb. cott., qui scholarum controversias semper exposuit. Pleniores igitur fuerunt hic res cottidianae quam Inst. 3, 161, ubi Sabinus quidem et Cassius laudantur, sed scholarum dissensionem hac de re fuisse non traditur [1].

Unde non solum patet duoviros Institutionibus componendis in veteribus libris excerpendis diversam rationem secutos esse; sed etiam intellegimus quantum ad Institutionum originem inquirendam eiusmodi studia prodesse possint.

---

[1] In libro III duae tantum eiusmodi citationes reperiuntur (cfr. supra); quae tamen certum habent auctorem, ideoque supervacuum est de isdem tractare.

III.

De principum constitutionibus, quae in Institutionibus laudantur.

De illis tantum constitutionibus nobis tractandum est, quae veteribus iurisconsultis, unde Institutionum textus haustus est, notae esse potuerunt. Nam quae christianorum principum et praecipue ipsius Iustiniani constitutiones laudantur, patet ad rem nostram prorsus non pertinere.

Haec autem ante omnia tenere oportet:

I. Principum constitutiones rarissime in Florentini Institutionum fragmentis laudantur, h. e. D. 29, 1, 24 « divus Traianus - ita rescripsit » et D. 41, 1, 16 « divus Pius constituit ».

II. In Ulpiani Institutionum reliquiis semel tantum legitur (Coll. 16, 9, 3): « imperator noster - voluit ». Intellege Antoninum Caracallam [1].

III. In Gai rerum cottidianarum fragmentis, quae in Digestis leguntur, nulla prorsus constitutio laudatur.

IV. Contra Marcianus in Institutionibus suis, sicuti in omnibus, quae scripsit, operibus infinitas paene constitutiones laudare solet, ita ut vix fragmentum eius invenias, quin eiusmodi laudationibus sit refertum.

Unde recte demum explicari poterit, cur tam saepe in libris I et II iustinianarum institutionum principum constitutiones et praesertim rescripta referantur, in duobus autem posterioribus libris fere nullae. Nam Marciano Institutiones, quibus duorum priorum librorum auctor abunde est usus, vix ab illo qui duos posteriores libros composuit adhiberi potuerunt, cum in istis libris potissimum de obligationibus et actionibus sermo sit, quarum tractatus (sicuti iam exploratum est) [2] in Marciani Institutionibus desiderabatur. Fons igitur, unde de principum constitutionibus tam copiosa manabat notitia, in hos libros vix quosdam rivulos emittere potuit.

---

[1] Cfr. Dion. 77, 9, 4: KRUEGER, *Gesch. der Quellen*, 222; LENEL, *Pal.*, II, 926.

[2] Nullum in Marciani Institutionibus de obligationibus sermonem factum esse recte monuit KRUEGER, *Quellen*, 225; cfr. LENEL, *Pal.*, I, 652.

Inter constitutiones, quae in Institutionibus laudantur, complures sunt divorum Severi et Antonini. Harum constitutionum notitia nonnisi Marciano tribuit potest, utpote qui post Antoninum imperatorem omnia sua opera composuerit [1]. Ulpianus autem imperante Caracalla Institutiones suas composuit, neque igitur eiusmodi laudationibus in iisdem uti potuit. De Gaio et Florentino nemo cogitabit, cum neuter ultra Commodi tempora vixisse, aut certe scripsisse videatur [2]. Loci autem Institutionum, in quibus divorum Severi et Antonini constitutiones referuntur, haud raro etiam illas scriptorum laudationes continent, quae, secundum ea quae superius monuimus, Marciano acceptae ferendae sunt.

Monendum item est quarundam veterum principum constitutionum notitiam compilatores ex Iustiniani legibus hausisse. Ut ecce: quae de Gordiani beneficio in I. 2, 19, 6 traduntur ex Iustiniani constitutione ad senatum deprompta sunt, quae nunc in C. 6, 30, 22 legitur (a. 531). Ea enim ipsa constitutio ibidem laudatur. Ex alia Iustiniani constitutione eodem anno (et igitur post priorem codicem promulgatum) lata, quae nunc in C. 7, 6, 1 reperitur, tracta sunt ea, quae de divi Traiani edicto leguntur in I. 3, 7, 4.

Loci omnes, in quibus constitutiones laudantur in I. 1, 25 (1; 3; 6; 8; 10; 18; 19), Marciani sunt [3]. Nam in plerisque divorum Severi et Antonini rescripta laudantur, ceteri ex eodem fonte manasse videntur. Id autem vel ex ipsa constitutionum copia, quae adferuntur, conici potest. Item Marciano tribuendae sunt §§ 3. 4. 9 in titulo XXVI eiusdem libri.

Item ad Marcianum pertinent in libro II: §§ 9. 13 tituli IV (fortasse et § 14): § 7 tituli X; § 3 tituli XV et igitur etiam § 2 ibidem (fortasse et § 4); §§ 7-8 tituli XVII; §§ 5. 12. 15. 20 tituli XX (de § 4 vide supra).

---

(1) LENEL, *Pal.* I, 639; cfr. KRUEGER, l. l., 225.

(2) De Florentino cfr. KRUEGER, l. l., 193 n. 16.

(3) Inter hos locos plures iam supra propter alia argumenta Marciano vindicavimus. Patebit igitur, quam tuta sit haec methodus fontium inquirendarum, cum omnes semitae eodem conveniant.

Nota sull'articolo del prof. C. Appleton (*).

L'esimio prof. Appleton ha nel precedente articolo fatte osservazioni, quali da lui potevano attendersi, cioè sagaci e importanti. Esse fanno desiderare grandemente il lavoro più ampio, ch' egli ha promesso agli studiosi e da cui certamente avremo molto da apprendere. Io stimo ch'egli ha ragione nel punto fondamentale, ossia nel ritenere che il confronto fra D. 26, 4, 4 e Inst. 1, 19 non provi una revisione delle Pandette avvenuta dopo la compilazione delle Istituzioni. Circa poi l'uso delle «differentiae» di Modestino, pur ammirando l'acume degli argomenti addotti, non sarei dello stesso avviso. Dell' una e dell'altra cosa ecco in breve le ragioni.

L'Appleton mostra che notevoli divergenze di forma (non spiegabili per alcun motivo) rendono per lo meno assai dubbio che il fr. 3 § 10, tit. cit., sia la fonte di I. 1, 19. È vero che il fr. 4 e il seguito del titolo ora riferito coincidono quasi nella forma, ma stimo ora che a tale succedersi in ambo i testi non debbasi dare troppa importanza. Come mai i compilatori siano andati a pescare il fr. 4 per completare le cose dette nella fine del fr. 3, è cosa facile a intendere, purchè si pensi che il fr. 3 è tolto dai libri di Ulpiano *ad Sabinum* e il fr. 4 dai libri *differentiarum* di Modestino. Ora è noto che nelle scuole

(*) [In *Bull. Ist. dir. rom.*, 3, 1891, pp. 256-257. L'articolo dell' Appleton, pubblicato nello stesso *Bull.*, pp. 245-255, aveva per titolo: *A proposito delle " Fonti delle Istituzioni di Giustiniano " del prof. Contardo Ferrini*, e si riferiva allo studio pubblicato dal Nostro nelle *Mem. Ist. Lomb.*, 23, 1890, pp. 131-180. Cfr. su questo scritto più oltre, p. 307, n.*].

orientali si soleva appunto servirsi di questa e altre opere per integrare le nozioni esposte nel trattato di Ulpiano *ad Sabinum*: cfr. per es. *Fragm. Sinait.* 6 (Krüger = 13 Zachariae). I compilatori hanno dunque trovato nel commento al loro testo il passo, che hanno aggiunto. Rimane così il fatto che I. 1, 19 somiglia alla fine del fr. 3 e (tolta l' interpolazione) è uguale nella forma sua al fr. 4. È ovvio credere che anche nelle Differenze di Modestino precedessero cose analoghe a quelle dette nel § 10; ma è anche ovvio credere che le stesse cose e in forma simile si dicessero in altro libro di Ulpiano, maestro di Modestino. Non andremo errati, pensando alle Istituzioni ulpianee. Per simili incontri fra Modestino e Ulpiano in definizioni e regole elementari (che naturalmente il primo doveva ricavare dalle Istituzioni e Regole del secondo) cfr. per es. Ulp. 19, 8 = Mod. D. 41, 3, 3, con gli avvertimenti che si trovano a pag. 14 della mia memoria [1]. Così si capisce benissimo perchè diverga leggermente il tit. 19 dal § 10: sarebbero presi entrambi dallo stesso autore, ma da opere diverse. Ulpiano nelle sue Istituzioni dovè essere più completo e far risaltare anche quello che Modestino accolse nelle sue Differenze, ritenendo la formola del suo maestro. Perchè poi nel Digesto siasi integrato Ulpiano con Modestino, anzichè con sè medesimo, ho detto di sopra.

Ad ogni modo, questa discussione, sollevata col consueto acume dall'Appleton, ci fa bramare che una buona volta si faccia uno studio critico completo intorno a Modestino e alle sue fonti. Ritengo che si avrebbero risultati di gran momento.

---

[1] [Cfr. da ultimo l'Appendice II, " Ulpiano e Modestino ", dello studio, che segue, " Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano "].

Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano (*).

La mia precedente memoria su questo tema (1890), i resultati della quale sono sostanzialmente riconfermati nella presente, ha avuto la fortuna di sollevare molte discussioni e di fornire l'occasione a studii nuovi molto notevoli, fra i quali (sia detto senza scemare il pregio di altri lavori) meritano in prima linea di essere ricordati quelli dell'Appleton (1) e del Kalb (2). Che gli studii di questi esimii scienziati, come in genere di tutti coloro che ne hanno potuto scrivere con sufficiente competenza e preparazione, siano riusciti di conforto alla mia tesi e al metodo da me adottato, mi è di vera soddisfazione, perchè si è aggiunto un argomento estrinseco poderoso alla mia ferma persuasione di essere stato sulla retta via. Dopo più che un decennio sono stato ricondotto a queste ricerche, avendo notato la necessità di chiarire meglio alcuni punti, di rettificarne altri e di esprimere il mio avviso sulle controversie che talune mie affermazioni avevano suscitato. In dieci anni chi lavora impara molto, e spero quindi che la presente memoria sostituirà con vantaggio l'antica, di cui serba l'orditura e l'indirizzo.

Nella precedente memoria ho brevemente indicato quello che prima era stato fatto allo scopo di determinare le fonti

---

(*) [In *Bull. Ist. dir. rom.*, 13, 1901, pp. 101-207. Non viene riprodotta la monografia con lo stesso titolo pubblicata nelle *Memorie del R. Ist. Lomb. di sc. e lett.* 23, 1890, pp. 131-180, che costituisce una prima edizione della presente].

(1) *Revue générale de droit*, XV; anche a parte: *Les sources des Institutes de Justinien.*

(2) *Archiv für die lat. Lexikographie,* VIII, pp. 203-220.

delle Istituzioni, e posso rimandare a quelle notizie. Circa lo studio del Mispoulet (1) apparso quasi contemporaneamente alla *Memoria* stessa v. oltre i cenni ivi contenuti (2) la critica esauriente che ne ha fatto l'Appleton nel citato lavoro (§ 5 sgg.), la quale mi dispensa dall'obbligo di ritornare sull'argomento.

Il concetto fondamentale che mi ha guidato nella ricerca, e che ormai veggo generalmente ammesso, è che le Istituzioni giustinianee sono un'opera composta sostanzialmente alla maniera stessa dei Digesti: vale a dire mediante la giustapposizione di brani tolti da opere precedenti, a cui i compilatori hanno recato le modificazioni ritenute necessarie od opportune ed hanno fatto varie aggiunte, e in ispecie quelle indispensabili per l'esposizione del diritto nuovo. Giustiniano infatti usa per indicare l'opera di compilazione dei Digesti e quella delle Istituzioni l'espressione medesima « componere ex... »: la differenza è solo apparente, in quanto che nei Digesti i singoli passi sono fra loro distinti e portano in testa l'indicazione della fonte da cui provengono; nelle Istituzioni essi sono collocati immediatamente e senza veruna avvertenza l'uno dopo l'altro, in modo da costituire un continuato discorso. Ciò si verifica confrontando, dove sia possibile, le fonti genuine, che pur troppo si riducono quasi esclusivamente alle Istituzioni di Gaio: si verifica con una serie di importanti argomenti, di cui diremo subito, quando cercheremo di determinare quali sieno state le fonti adibite; si verifica coll'attenta lettura del testo, poichè è ben raro che non si avverta il passaggio dal brano tolto dal giurista classico a quello dettato dai compila-

---

(1) [In *Nouv. Revue hist. de dr. franç. et étr.*, 14, 1890, p. 5 sgg.].

(2) [p. 133, n. 2: " È precisamente questo il punto (la possibilità di circoscrivere la cerchia dei libri, che furono adibiti dai compilatori) che io credo a torto contrastato dal Mispoulet. Egli scrive, l. c., p. 16: 'j'aurais désiré savoir comment il (P. Krueger, *Geschichte der Quellen,* p. 341) arrive à établir entre les deux catégories d'ouvrages cette distinction, dont je n'ai trouvé aucune trace au cours de mes recherches'. Ora, ciò non è difficile a dimostrarsi, e quindi risultano inaccettabili le ulteriori, per quanto ingegnose, deduzioni dell'autore „.

p. 135, n. 5: " Le tavole del Mispoulet (pp. 16-19) vanno adoperate con gran cautela. Della maggior parte dei passi addotti non è dimostrata l'origine; anzi noi dimostreremo origini ben diverse! In ciò egli ha seguito troppo spesso le orme degli antichi... „].

tori. Le differenze lessicali, sintattiche e stilistiche sono così gravi da colpire anche chi sia meno esperto in siffatto genere di ricerche, da porgere a chi ne sia perito l'indirizzo sicuro per discernere di solito con molta precisione il punto di congiunzione; in verità si tratta piuttosto di una « plumbatura », che di una « ferruminatio ». I passi dedotti dalle fonti classiche costituiscono la massima parte dell'opera; essi sono generalmente ben conservati, e le interpolazioni non infrequenti sono più scarse di quelle che si trovano nei frammenti dei Digesti. Considerata in tal guisa la natura delle Istituzioni, è chiaro che anche a proposito di esse si può discorrere di « interpolazioni »: la contraria osservazione del Gradenwitz in principio del suo libro « Interpolationen » si riferisce al modo diverso e tradizionale di considerare l'opera giustinianea: essa non ha ragione di essere di fronte al vero stato delle cose in tal modo chiarito. Le aggiunte dei compilatori si devono, come si è notato, anzitutto al bisogno di esporre il diritto nuovo: inoltre essi hanno composto il proemio, che porge le notizie più importanti sull'origine e sui fini del lavoro, e gran parte dell'ultimo titolo, inteso a dare una compendiosa nozione del diritto penale. Forse le Istituzioni di Paolo, che contenevano un titolo « de publicis iudiciis » (come si può argomentare dai frammenti pubblicati dal Thomas [1]), fornirono il modello; ma i compilatori, sia per le mutate condizioni del diritto in molti punti, sia per la grande brevità che si erano prefissi, preferirono riassumere con proprie parole l'argomento. Il commento alle *leges iudiciorum publicorum* contenuto nel l. XIV delle Istituzioni di Marciano serviva anche meno. Talora i compilatori aggiungono qualche osservazione di metodo, qualche chiarimento che ritengono utile ai fini didattici, qualche rinvio alla più larga esposizione dei Digesti, che sarà in seguito fatta conoscere ai giovani: i cenni dati in proposito nella mia prima Memoria non sono del tutto esatti; non è, del resto, necessario dare qui degli esempi, perchè il lettore ne troverà registrati moltissimi più avanti nell'analisi dei singoli titoli.

Questo metodo compilatorio ha la sua origine non tanto nel desiderio di evitare la fatica del comporre originale quanto

---

(1) *Revue de l' instr. publique*, XXI, 30 [: cfr. *supra*, p. 235 sg.].

nelle abitudini letterarie di quel tempo. Come l'arco di Costantino è costrutto con eccellenti materiali presi da monumenti anteriori di artistico pregio e con nuovi elementi, in cui si rivela l'arte decadente e rozza, destinati a illustrare le gesta del principe, così le opere giuridiche dell'ultimo periodo sono messe insieme coi materiali dei giureconsulti classici e con pochi elementi adiettizi. Si ricordino i frammenti vaticani; si ricordi la *Collatio legum*; si ricordino le *Definizioni* di Cirillo. Infatti noi siamo informati [1] che in quest'opera, sotto il titolo *de pactis*, erano raccolti in grande abbondanza gli esempi dei patti da considerarsi « contra legem » e che gli elementi da lui raccolti in proposito (τὰ περὶ τούτων) ora si trovano dispersi in tutto il corpo dei Digesti (νῦν διέσπαρται ἐν πᾶσι τοῖς διγέστοις). Il che significa che egli aveva raccolto i passi dei giureconsulti classici che si riferivano a tale argomento; passi che poi furono anche raccolti, ma sotto altro punto di vista e quindi con diversa attribuzione di sede, nei Digesti.

Giustiniano ci attesta che a comporre le Istituzioni servirono principalmente (*praecipue:* Prooem. § 6) le Istituzioni e le *Res cottidianae* di Gaio: questa asserzione è pienamente comprovata dalle indagini che seguono. Inoltre egli ci dice che furono composte « ex omnibus antiquorum institutionibus » e « aliis multis commentariis ». Però altrove questa affermazione è molto attenuata: le Istituzioni sono paragonate ad un limpido stagno formato dalla riunione di più fonti torbide: queste sono « *quasi* tutte le Istituzioni degli antichi » (ex omni *paene* veterum institutionum corpore elimatas) [2]: non sono dunque tutte le Istituzioni, come afferma il Proemio: degli altri « molti commentarii » non si fa parola. Ancora più evidente questa limitazione delle fonti appare dalla *c. Tanta*, § 11, dove si conferma nel modo più perspicuo quanto noi abbiamo detto più sopra sul modo col quale le Istituzioni furono compilate: « Mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum elementa continebant et *institutiones vocabantur*, separatim collectis (togliendoli cioè dalla massa

---

[1] HEIMBACH, *Bas.*, I, 646.

[2] *C. Omnem*, § 2. Le *Res cottidianae* non sono che una elaborazione più ampia delle Istituzioni, e quindi rientrano nel " Corpus institutionum ".

delle opere adibite per le compilazioni dei Digesti), quidquid *ex his utile ... invenitur*, hoc et capere studeant et quattuor libris *reponere* » [1]. V. pure la c. Δέδωκεν, § 11: « διεταξάμεθα προσήκειν ἐκ τῶν τοῖς ἀρχαίοις ἐν εἰσαγωγαῖς συγκειμένων τὰ καιριώτατά τε καὶ κρατοῦντα καὶ ὁπόσα τοῖς νῦν πολιτευομένοις συμφέρεται πράγμασιν, ταῦτα ἐξελεῖν καὶ ἀθροῖσαι καὶ εἰς ἡμᾶς ἀγαγεῖν ». Appare da ciò come sia inesatta l'asserzione contenuta nel proemio: essa però non è una mera *boutade*, poichè molti passi furono desunti dai Digesti e quindi da diversi *commentarii degli antichi*, qualche altro fu pure eccezionalmente preso da opere originali, forse dove i compilatori vi erano condotti da qualche scolio aggiunto ai commentarii di Gaio. Oltre questi dobbiamo dunque ritenere che si adoperassero per la composizione della nuova isagoge « quasi tutti i libri elementari degli antichi portanti il nome di Istituzioni ». Per quanto noi sappiamo (e non è certo da pensare che i triumviri delle Istituzioni andassero a pescare trattati a noi ignoti perfino di nome; tanto più che i libri adoperati furono separati, secondo l'esplicita attestazione della *c. Tanta*, dalla massa adibita per la confezione dei Digesti), scrissero trattati di Istituzioni Gaio, Fiorentino, Ulpiano, Paolo, Marciano e Callistrato. Dell'uso delle ultime non abbiamo tracce; nè tale uso è verosimile, altrimenti non si spiegherebbe il « quasi » della c. *Omnem*: per le altre abbiamo invece non dubbie testimonianze. Circa le Istituzioni di Paolo, oltre diversi indizi « de quibus singulis suis locis proponemus », sono da avvertire alcuni incontri con altre opere pauliane (cfr. ad 3, 19, 17. 4, 4 pr.), che si spiegano appunto coll'ammettere che analoga fosse la relativa esposizione nelle Istituzioni del giureconsulto. L'uso diretto delle Istituzioni di Ulpiano è stato da molto tempo riconosciuto [2]; quello delle *res cottidianae* di Gaio appare con tutta evidenza indicato dalla forma. Poichè la forma gaiana ha caratteristiche molto spiccate: sono molti, come ve-

---

[1] L'imperatore dà esplicita licenza di " interpolare ": ciò che prova che i testi si riproducevano verbalmente: " ut memores etiam nostrarum fiant constitutiones, quas pro emendatione iuris promulgavimus et in confectione institutionum etiam eandem emendationem ponere non morentur ".

[2] VOIGT, *Ius naturale*, I, Beil. 5; BREMER, *De Domitii Ulpiani institutionibus*, p. 17; KRUEGER, *Krit. Versuche*, p. 155 sg.

dremo, i passi che presentano tali caratteristiche, mentre divergono dalle Istituzioni di Gaio o si riferiscono a punti in queste non trattate. Le Istituzioni di Marciano e di Fiorentino sono state in non piccola parte adoperate. Non solo, come vedremo, in molti casi il confronto del modo con cui lo stesso passo è riferito nei Digesti e nelle Istituzioni convince che in queste è riprodotto il testo originale (più completo, cioè, o meno alterato); ma osserviamo non di rado che nelle Istituzioni sono vicini brani di tali opere, che dovevano pur esserlo anche nell'originale; mentre nei Digesti tali passi si trovano molto discosti l'uno dall'altro. È impossibile supporre che i compilatori invece di dedurre tali passi dall'opera originale, ne andassero con singolare fatica a rintracciare, per connetterle, le *disiecta membra* nei Digesti. Ad es., i passi rispondenti a I. 2, 1, 18-19 si trovano rispettivamente in D. 1, 8, 3 e 41, 1, 6. Essi dovevano essere prossimi anche nell'originale. I passi riferiti in I. 2, 20, 4 e 16 si trovano in D. 22, 3, 21 e 30, 1, 112. E lo stesso dicasi di altri non pochi casi.

Questi e simili fatti non sogliono osservarsi per le altre categorie di opere giuridiche, anzi abbondano le ragioni che convincono essere i relativi passi desunti dai Digesti. I quali erano già compiuti quando si pose mano alle Istituzioni (1): il proemio di queste dice chiaramente non solo che le Istituzioni furono composte dopo i Digesti (§§ 2 e 4), ma che questi erano già stati terminati, quando fu nominata la commissione per la compilazione di quelle: « cumque hoc (il lavoro dei Digesti) *peractum est*, Triboniano.... Theophilo et Dorotheo..., convocatis specialiter mandavimus ut.... componant Institutiones » (§ 3) (2). Ora, quando troviamo riferito nei Digesti e nelle Isti-

---

(1) Sulla diversa opinione del KARLOWA, *Röm. RG.*, I, p. 1015, v. la mia prima memoria [p. 135: " L'argomento del KARLOWA, che cioè talora la frase, con cui si rimanda ai Digesti, è al futuro (per es., I. 3, 12 pr.: 'quod ex latioribus digestorum libris perfectius *apparebit*'), è veramente strano. Come mai non si è accorto il K. che ivi si usa il verbo al futuro, avuto riguardo al fatto che le Istituzioni sono destinate ai principianti nel diritto, i quali solo dopo la lettura di esse dovranno accostarsi al volume delle Pandette? "].

(2) Ciò significa che le Istituzioni dovettero comporsi in un tempo molto breve: il che, trattandosi di un lavoro di compilazione, non è difficile a spiegarsi.

tuzioni un brano di un'opera, che non appartiene alla categoria indicata più sopra, possiamo ritenere che esso è passato nelle seconde pel tramite dei primi. Mancano infatti, come vedremo, quegli argomenti di sostanza e di forma che ci inducono per la categoria accennata a diverso avviso; vi sono invece argomenti contrarii. Fra i quali merita di essere rilevato quello, che si trovano vicini nelle Istituzioni come nei Digesti passi presi da opere affatto diverse o passi che nell' opera genuina dovevano trovarsi l' uno dall'altro molto discosti.

D. 26, 2, 5 (Ulp. 15 *ad Sab.*) + 6 (Ulp. 39 *ad Sab.*) = I. 1, 14, 5 | D. 26, 10, 1, 2-7 (Ulp. 35 *ad ed.*) + 2 (Ulp. 1 *de omn. trib.*) + 8 (Ulp. 60 *ad ed.*) = I. 1, 26 pr.; 1-3; 11; 13 | D. 7, 1, 1 (Paul. 3 *ad Vit.*) + 2 (Cels. 18 *dig.*) = I. 2, 4 pr. | D. 47, 2, 1 (Paul. 39 *ad ed.*) + 3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) = I. 4, 1, 1-3.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare. Del resto l' uso dei Digesti fu limitato; tanto limitato che, per essere state le Istituzioni messe insieme subito dopo finiti i Digesti, può quasi sorprendere. Evidentemente i compilatori hanno ottemperato all'ordine di dedurre principalmente il loro lavoro dal « corpus » delle Istituzioni dei *veteres*.

Il critico, che si accinge all' analisi delle fonti delle Istituzioni, ha quindi la via nettamente tracciata. Dedotta la parte che per sicuri motivi di forma e di sostanza va attribuita ai compilatori, dedotti i passi ricavati dai Digesti, dedotti finalmente quelli che il diretto confronto dimostra desunti dalle Istituzioni di Gaio, egli deve osservare se vi siano criterii discretivi per attribuire il resto alle *res cottidianae* o alle altre quattro Istituzioni surriferite. Così operando, egli non deve trascurare di tener conto della possibilità (che pur sembra esclusa dalle *cc. Omnem* e *Tanta*), che eccezionalmente siansi adibite altre fonti; gli elementi di ricerca, che sono a sua disposizione, sono però così copiosi e concludenti, da lasciar luogo in ben pochi casi al dubbio, e da indicare con quasi perfetta certezza i casi, in cui tale eccezione si verifica, e che, si può dire, appartengono tutti al compilatore degli ultimi due libri. Quali sieno i mezzi per tale indagine, diremo ora brevemente: accenneremo subito come i resultati, che con essi si raggiungono, trovano in tutti i fatti a noi conosciuti un'ampia riprova. Risulta, infatti, che i compilatori adibirono in via principale ed

in proporzionale misura le Istituzioni di Gaio e le *res cottidianae*: indi le quattro Istituzioni nominate [1]. Queste sono state adoperate nella stessa proporzione, con cui fornirono estratti per il Digesto; e cioè in primo grado le Istituzioni di Marciano, poi quelle di Fiorentino, poi quelle di Ulpiano, da ultimo quelle di Paolo. Ed è naturale che gli stessi compilatori dessero alle medesime opere la stessa relativa importanza. Si avverta infine come, applicando i nostri criterii, manchi ogni traccia delle Istituzioni di Marciano proprio in quelle parti, che per altra via sappiamo non essere state in esse trattate, e soprattutto nella materia delle obbligazioni.

È opportuno premettere alla esposizione dei singoli criterii discretivi un cenno sull'indole di ciascuna di queste cinque opere.

Le *res cottidianae* di Gaio offrono una esposizione elementare del diritto privato, che si può considerare come una nuova elaborazione delle Istituzioni, meno ricca di notizie storiche e di dettagli intorno a istituzioni antiquate, ma più completa nella esposizione teorica del diritto vigente e nelle pratiche applicazioni. Di qui probabilmente il suo nome [2]. L'opera si divideva in sei libri: i Digesti conservano frammenti dei soli primi tre. Il primo si occupava delle persone; il secondo delle cose, dei modi di acquisto della proprietà e dei contratti; il terzo dei delitti e delle « variae causarum figurae ». Argomento dei libri non adoperati nei Digesti furono il diritto ereditario e le azioni. Che tali materie fossero infatti ampiamente svolte nelle *res cottidianae*, risulta appunto dalle Istituzioni giustinianee. Del resto l'opera mantiene il carattere scolastico delle Istituzioni: la trattazione è semplice ed isagogica: le citazioni sono molto scarse e quasi esclusivamente relative alle controversie scolastiche: abbondano le osservazioni proprie di un insegnante (D. 22, 1, 28, 1. 41, 1, 1 pr. ib., 9, 3. 44, 7, 5 pr. 40, 9, 10 etc.). Se davvero, come è probabile, appartiene sostanzialmente alle *res cottidianae* I. 1, 1, 2, l'indole didattica del lavoro riceve piena conferma. La trattazione delle *res*

---

(1) Cfr. i passi del Proemio delle Istituzioni e delle cc. *Omnem, Tanta*, Δέδωκεν, surriferiti.

(2) Cfr. D. 34, 3, 25 pr.: plenius rogo quae ad haec spectant attingas: *cottidiana* enim sunt.

cottidianae è sicuramente preferibile a quella delle Istituzioni: il sistema è molto migliorato, sia col far precedere la dottrina delle obbligazioni a quella del diritto ereditario che la presuppone, sia col togliere lacune intollerabili (come quella relativa a taluni contratti importantissimi e ad altre fonti di obbligazioni), sia con la più corretta esposizione di varii punti. Non pare dubbio che nella mente dell' autore esse fossero destinate a sostituire le Istituzioni medesime, il che non avvenne per ragioni che qui non importa indagare. Con molta ragione però i compilatori diedero maggior posto alle *res cottidianae* tanto nella composizione dei Digesti, quanto in quella delle Istituzioni; ciò fa pensare che un simile procedimento si tenesse anche prima nell' insegnamento nelle scuole principali. Circa la forma, le *res cottidianae* presentano i medesimi caratteri delle Istituzioni: lingua e stile sono buoni; ma hanno molte particolarità, che si possono rilevare anche da chi non sia molto versato in tal genere di ricerche.

Le Istituzioni di Marciano si tolgono affatto fuori dall' ordine consueto: la mole (sedici libri!); l' ordinamento della materia; il contenuto, che, mentre non comprende tutto il diritto privato, comprende parte del diritto pubblico; il metodo con la sovrabbondanza di citazioni e di casistica, ne fanno un' opera che si distacca completamente dalle altre di uguale intitolazione. Essa è scritta bene, talora in istile elevato: l' autore non rifugge neppure da citazioni filosofiche e letterarie. Non presenta affatto l' indole di un' opera destinata alla scuola: questo ha ben veduto anche il Pernice [1], il quale suppone che essa sia stata composta come libro di testo e di consultazione per quelli che intendevano far carriera nell' amministrazione imperiale o che già vi erano impiegati. Recentemente [2] io ho espresso un diverso avviso. Ho dimostrato cioè che essa, come tutte o quasi le opere di Marciano, è stata scritta per uso dei provinciali di Oriente, e ho quindi ricavato la conseguenza che l' intento dell' autore fosse quello di agevolare a quei provinciali l' intelligenza del diritto romano (e soprattutto delle parti più divergenti dal diritto ellenico), che veniva loro esteso in

---

(1) *Res communes omnium*, p. 3 sg.

(2) *Rend. Ist. Lomb.*, s. 2ª, 24, 1901, p. 738 sgg. [*supra*, 287 sgg.].

seguito alla costituzione Antonina. E per vero, la giurisdizione costantemente presupposta nelle Istituzioni, come nell' opera sui *publica iudicia* (D. 1, 18, 15. 48, 3, 6 pr.-1. 48, 17, 1, 1-2. ib., 1, 4: nel D. 47, 19, 3 il *praefectus urbi* è ricordato nella costituzione di Settimio Severo ivi citata per affermare che la stessa giurisdizione spetta ai presidi) [1], come nel libro sul senatoconsulto Turpilliano (D. 48, 16, 1, 8; 11; 12), è quella del preside della provincia (D. 1, 16, 2 pr.-1. 40, 9, 9, 2. 27, 1, 21, 2. 47, 22, 1 pr. 40, 5, 51, 7. 48, 13, 4, 2. 23, 2, 19): il *praefectus urbi* è ricordato solo per accennare che la stessa giurisdizione compete per quella materia nelle provincie ai presidi (D. 40, 1, 5: cfr., in generale, D. 1, 18, 11). È continuo nel libro il riguardo ai rapporti provinciali: come alla condizione di chi in provincia *officium aliquod gerit* (D. 23, 2, 57. 34, 9, 2, 1-2) o di chi milita nella provincia (D. 49, 16, 9 pr.) o di chi ha il domicilio in provincia (D. 5, 1, 51), alle facoltà dei *procuratores Caesaris* (D. 49, 14, 32), agli inquilini che *praediis adhaerent* (D. 30, 112 pr.), all' estensione di qualche norma alle provincie (D. 47, 22, 1 pr.), all' amministrazione finanziaria delle *civitates* (Cic. *ad Att.* 6, 1, 15: cfr., ad es., D. 33, 1, 24. 50, 7, 5 (4). 30, 117. 33, 1, 24. 48, 13, 5 (4), 4 (7). 14, 6, 15. 1, 8, 6, 1. 50, 12, 4. 40, 9, 11 pr.), al *certamen Chrysanthianum*: cfr. la *res publica Sardianorum*, e così via. Anche le frequenti citazioni dei *mandata* si riferiscono alla stessa considerazione. Così si spiega anche perchè Marciano citi diversi autori greci: Demostene, Crisippo e più volte Omero. Tale cultura letteraria ben poteva egli presupporre nelle persone istruite di quelle provincie, e tali citazioni dovevano rendere loro meno ingrato lo studio, cui non erano avvezzi, di un manuale di diritto, e soprattutto di un manuale di un diritto fin allora straniero.

Che le Istituzioni di Marciano siano state pubblicate dopo la morte di Severo Antonino detto Caracalla o Tarauto, convengono tutti. Esso vi è costantemente indicato come morto. Il Savagnone [2] ha espresso l' opinione che l' opera fosse scritta vivente Antonino, e pubblicata subito dopo la sua morte, e così

---

[1] Notevole è la menzione degli *irenarchi* (D. 48, 3, 6 pr. 1), che riconduce alle provincie asiatiche: CAGNAT in DAREMBERG e SAGLIO, III, 573.

[2] *Circ. giur.*, 27, p. 26 sg. [confutato *supra*, p. 285 sg.].

spiega perchè in essa non si citi veruna costituzione posteriore a questo principe. La tesi del Savagnone del resto si collega all' altra sua opinione, per cui tutta l' attività letteraria di Marciano si sarebbe svolta durante la vita del principe. Noi non possiamo (e ne abbiamo detto le ragioni) accogliere questa tesi generale; non troviamo neppure necessario di stabilire che le Istituzioni marcianee fossero pubblicate immediatamente dopo la morte di tale imperatore. Poco significa il fatto che le citazioni imperiali sembrano arrestarsi ad Antonino; si potrebbe anzi osservare che, meno un'eccezione (D. 36, 1, 31 (30), 5) e un' altra di cui ora diremo, esse si arrestano alla coreggenza di Settimio Severo e del figlio. La spiegazione sta in ciò che dopo l' abbondantissima e importante produzione legislativa di Settimio Severo vi ebbe un lungo periodo di sosta, in cui non fu prodotto che poco di realmente importante. Inoltre è da ritenere che Marciano, il quale conosceva i *Semestria* di Marco Aurelio, la raccolta di Papirio e sicuramente altre collezioni, fra cui una comprendente le costituzioni *divorum Severi et Antonini*, non avesse uguale comodità di confrontare e citare i rescritti più recenti; e questa considerazione assume maggiore gravità, se pensiamo che egli lavorasse in provincia. Il fatto a mio avviso indubitato (come credo di avere provato), che l'opera fosse destinata ad un pubblico provinciale, non è da solo un argomento sicuro per ritenere che essa fosse anche scritta in provincia. Anche la conoscenza sicura e profonda dei rapporti provinciali non conduce necessariamente a tale conclusione. Piuttosto a farla ritenere molto probabile concorre il fatto che Marciano non conosce gli scritti di Paolo e Ulpiano: tale ignoranza difficilmente potrebbe ammettersi in uno che vivesse nella capitale [1]. Del resto, una costituzione posteriore a Caracalla è sicuramente citata nel D. 37, 14, 5, 1: « *imperatoris nostri* rescripto cavetur ». Ognuno vede quanto sia arbitrario il supporre che in tal modo avesse scritto Marciano, vivente Antonino, e che poi per dimenticanza non abbia corretto la citazione pubblicando l'opera dopo

---

[1] Le due citazioni di Marciano, una in Ulpiano (D. 7, 9, 8) e una in Paolo (D. 28, 1, 5), sono erronee: la prima sta per " Maecianus „, cfr. D. 35, 3, 9 (Lenel, *Pal.*, I, 661): la seconda verosimilmente per " Marcellus „.

la morte del principe. I rapporti fra patrono e liberto, cui quella citazione si riferisce, furono largamente considerati nella legislazione di Alessandro Severo (ad es., C. 6, 3, 6-10. 6, 6, 1-4), ed è molto verosimile che a lui quell' accenno si debba ricondurre.

Dodici libri comprendevano le Istituzioni di Fiorentino. Esse erano un' ampia, ma elementare, esposizione del diritto privato romano. Premesse le nozioni generali sul diritto e le sue fonti, procedevano alla trattazione del diritto delle persone e di famiglia; indi alla dottrina delle cose e dei modi di acquisto del dominio. Poi si esponevano le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti; le successioni testamentarie e *ab intestato*, civili e pretorie; i legati ed i fedecommessi. Se nell' ultimo libro si parlasse brevemente delle azioni, non consta. L' opera è scritta in modo limpido e piano, con poche citazioni di autori e di costituzioni. Anzi, dei primi non troviamo nei frammenti a noi pervenuti ricordato che Trebazio (D. 41, 1, 16: non è una citazione la menzione di Gallo Aquilio in D. 46, 4, 18, 1); delle seconde troviamo ricordata una costituzione di Antonino Pio (« divus Pius constituit », D. 41, 1, 16) ed un rescritto di Traiano (D. 29, 1, 24). La collocazione dell' opera nell' indice fiorentino fa ritenere che fosse stata scritta verso i tempi di Commodo (1); manca invero ogni indizio di età posteriore, mentre essa non può collocarsi prima della morte di Antonino Pio (D. 41, 1, 16). L' opera era ricca di definizioni, etimologie e regole, che provano lo scopo didattico; nulla pare che contenesse di originale, il che spiega perchè non si trovi mai ricordata da altri giureconsulti.

È molto disputato quale sia stato l' ordine delle Istituzioni di Ulpiano: il primo libro comprendeva le dottrine generali sul diritto e le sue fonti, sulle persone e il matrimonio e, a quanto pare, la dottrina delle obbligazioni. Il secondo libro comprendeva quella dei diritti reali (2) e delle successioni. Come si può arguire dalla stessa misura dell' opera e come comprovano i frammenti che ne possediamo (3), le materie vi

---

(1) Cfr. KRUEGER, *Quellen*, p. 193 in nota, cfr. p. 328.
(2) Io seguo il KRUEGER, *Krit. Versuche*, pp. 146-153.
(3) Editi ibid., pp. 160-172; cfr. poi LENEL, *Pal.*, II, 926-930.

erano trattate con grande brevità; dei singoli contratti, come insegnano i frammenti viennesi, era data poco più che la definizione, e così si comprende come tutta la materia delle obbligazioni si potesse racchiudere nell' ultima parte del primo libro. Con quale concisione fossero trattate le successioni *ab intestato*, appare dalla *Collatio*, 16, 5-9. Naturalmente un'opera simile non poteva occuparsi di casistica; in essa non si riferiscono opinioni di autori, e l'unico giurista nominato nei frammenti non troppo scarsi a noi pervenuti è Celso, di cui si loda la definizione del diritto. Anche le costituzioni dei principi non si trovano citate, e solo è detto che « imperator noster in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit » (*Collatio*, 16, 9). L' imperatore qui citato è sicuramente Severo Antonino [1].

Ben poco sappiamo intorno alle Istituzioni di Paolo. L' indice fiorentino attesta che erano comprese in tre libri; nei Digesti troviamo appena tre frammenti: tolti dal I (D. 41, 2, 41) e dal II libro (D. 8, 2, 4. 44, 7, 3). Un frammento del II libro (almeno così pare, poichè è varia ed erronea la citazione nei codici) è citato in Boezio [2]: due altri frammenti di sede incerta, ma verosimilmente presi dal III libro, furono editi, come si è già detto, dal Thomas. Nel I libro si parlava (oltre che, come è probabile, delle dottrine generali e delle persone) del possesso; nel II dei diritti reali e delle obbligazioni, compreso il diritto dotale. Il III libro possiamo arguire che si riferisse alle successioni ed alle azioni, con un' appendice sui *publica iudicia*. In questa si parlava dell' « accipere nomen » e del « praeiudicium » in materia penale: ciò che dimostra come non mancassero nozioni procedurali.

Lo scarso materiale non permette sicure illazioni. Anche tale opera, del resto, dovette contenere una trattazione concisa e rapida senza casistica e senza lusso di citazioni. La cura del giurista era soprattutto rivolta a porgere definizioni e concetti fondamentali chiari ed esatti; è a quest' opera che appartiene il celebre passo che dà la nozione dell' obbligazione

---

(1) Dione Cassio, 77, 9, 4; Lenel, *Pal.*, II, 926.
(2) *Ad top.*, II, 4, 19.

romana (D. 44, 7, 3 pr.). Notevole è l'insistenza sull'elemento intenzionale, per abituare i discepoli a non lasciarsi illudere dalle parvenze e a penetrare invece nell'intimo significato dei fenomeni giuridici: così a proposito dell'*animus* nel possesso (D. 41, 2, 41): dell'*animus*, per cui la *datio* assorge a fonte di obbligazione (D. 44, 7, 3, 1), o senza cui lo scambio di domanda e risposta non costituisce efficace stipulazione (D. 44, 7, 3, 2).

Determinata così, come è possibile in tanta povertà di sussidii, la natura delle opere usate dai compilatori, possiamo esaminare quali criterii discretivi possano nel caso concreto servire nell'analisi del testo secondo le fonti. Un primo criterio è fornito dalle citazioni degli autori, che in esse si contengono. Già nella prima Memoria su questo argomento [1] io avevo opportunamente distinto in tre categorie le citazioni di autori, che si trovano nelle Istituzioni giustinianee:

1. Si cita l'autore, da cui attinge lo stesso compilatore delle Istituzioni.
2. La citazione è presa da qualche costituzione o dai motivi di essa (specialmente dal rapporto fatto dal *quaestor* al principe).
3. La citazione si trova nella fonte originale, donde il passo fu tratto.

Minore importanza hanno le due prime categorie. Le citazioni della prima non si incontrano *che nel quarto libro*: viene citato non solo l'autore, ma anche l'opera sua: i due passi sono:

4, 3, 1 ' sicut Aelius Marcianus in suis institutionibus refert ';

4, 8, 5 ' Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit '.

Il compilatore degli ultimi due libri (Doroteo) seguiva in questi casi il costante esempio della scuola beritese. Al contrario, le citazioni della seconda categoria non si trovano che *nei primi due libri*:

---

[1] [E in *Ztschr. Sav.-St.*, 11, p. 110 sgg. = *supra*, 295 sgg.].

1, 11, 12 ‘apud Catonem bene scriptum refert antiquitas... unde et nos eruditi in nostra constitutione...’ (C. 7, 6, 1, 10, a. 531);

2, 5, 5 ‘secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata’ (C. 3, 33, 13, a. 530);

2, 14 pr. ‘quod non per innovationem induximus, sed quoniam — Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert’ (C. 6, 27, 5, a. 531);

2, 23, 7 ‘ipsi antiquitati diplicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat... ideo (nobis) placuit...’ (manca la costituzione).

Si tratta in tutti questi casi di costituzioni pubblicate durante la compilazione dei Digesti, e quindi poco prima di quella delle Istituzioni. Tali citazioni dovevano appunto trovarsi nella relazione (*suggestio*) fatta al principe dal questore, che preparava i materiali e notava i precedenti. Ora esse furono evidentemente comunicate da Triboniano al compilatore dei primi due libri, il quale doveva essere in particolari rapporti con lui, come risulta pure dalle menzioni e lodi. Cfr., ad es., 1, 5, 3: « inter ... decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus »; 2, 8, 2: « in constitutione, quam... ex suggestione Triboniani viri eminentissimi quaestoris sacri palatii nostri promulgavimus ». Tali menzioni mancano affatto negli ultimi due libri: il loro compilatore non era in tale rapporto con Triboniano da avere quegli speciali aiuti e quelle comunicazioni di atti di ufficio.

La terza categoria è di gran lunga più numerosa, ed è quella che appunto ci fornisce molta luce per determinare l'origine dei passi relativi. Le Istituzioni di Ulpiano e di Paolo erano, come si è osservato, aliene per la loro stessa indole dalle citazioni; poche erano queste pur nelle *res cottidianae*, dove troviamo nominati i capiscuola proculiani e sabiniani, una volta Giuliano ed una volta Trebazio. Scarse pure, come abbiamo avvertito, erano tali citazioni nell' opera di Fiorentino. Invece esse sono molto frequenti e varie nelle Istituzioni di Marciano, il quale adduce Trebazio, Labeone, Cassio, Ottaveno, Aristone, Celso, Pomponio, Papirio Frontone, Marcello, Cervidio

Scevola e Papiniano. Le citazioni di Scevola e di Papiniano riconducono con certezza a Marciano ([1]); la presunzione (integrata, come vedremo, da altri motivi) è pure a suo favore per quelle di Celso e Pomponio. Giacchè questi non sono mai ricordati in Gaio (sul « Sextus » in Gai. 2, 218 cfr. Lenel, Pal. II, 1229): la possibilità che tali menzioni risalgano a Fiorentino è oltremodo scarsa (come si è notato, nei frammenti a noi pervenuti il nome di questi giureconsulti non compare mai) ed ha contro di sè altri indizi desunti dai passi medesimi. A riprova delle cose dette non sarà male avvertire che nel libro terzo, in cui le Istituzioni di Marciano furono poco adoperate, non occorrono che poche citazioni, di cui si dimostra facilmente l'origine gaiana; nel quarto libro, in cui tali Istituzioni può dirsi che non furono adibite, non abbiamo veruna citazione dell'ultima categoria. Le due fonti delle citazioni sono quindi Gaio e Marciano, ma questo in misura comparativamente maggiore. Ecco l'elenco delle citazioni della terza categoria:

1, 10, 9 'Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait'.

La citazione sia riguardo all'autore nominato sia riguardo alla forma, con cui è fatta, potrebbe ascriversi tanto a Gaio quanto a Marciano. È quindi da altri criteri complementari che dipende la definitiva determinazione della fonte.

1, 25 2 'ut Papinianus responsorum libro quinto scripsit'.

Il passo non può essere che di Marciano. Qui, anzi, eccezionalmente i compilatori delle Istituzioni conservarono la menzione dell'opera e del libro, che in Marciano era abituale (7 *inst.* D. 30, 113, 5; 8 *inst.* 30, 114, 3; 8 *inst.* D. 36, 1, 34; 12 *inst.* D. 25, 7, 3, 1).

1, 25, 16 'ut Scaevola dicebat' ([2]).

([1]) Il COSTA (*Papiniano*, I, p. 116 sg.) a riprova di questa mia asserzione ha notato che il modo con cui è in queste citazioni esposto il pensiero di Papiniano risponde a quello, con cui lo troviamo riprodotto nei frammenti di Marciano.

([2]) Marciano nelle sue citazioni non usa quasi mai l'imperfetto: una volta ha " Papirius Fronto dicebat „ (D. 15, 1, 40 pr.) ed una volta " Octavenus putabat „ (D. 20, 3, 1, 2). È tanto più notevole che su quattro citazioni di Scevola, che si hanno nei frammenti di Marciano, due contengano

Anche questa citazione riconduce a Marciano. Tutti gli altri criteri convergono, come vedremo, nella stessa indicazione.

1, 26, 7 ‘ ut Papiniano visum est ’: Marciano.

Così è provata l’origine marcianea delle due precedenti citazioni di Giuliano « ut et Iulianus scripsit... idem Iulianus scripsit » (§ 5), che fanno parte del medesimo discorso. Anche la forma « scripsit », quasi straniera a Gaio (D. 21, 1, 20 e D. 38, 1, 49), è ordinaria in Marciano.

2, 1, 8 ‘ ut et Papinianus scripsit ’: Marciano.
2, 1, 38 ‘ ut et Iuliano visum est ’.

La citazione potrebbe appartenere tanto a Gaio, quanto a Marciano: occorre quindi adibire altri criteri, di cui vedi ad h. l.

2, 6, 9 ‘ Papinianus scribit ’: Marciano.
2, 10, 5 ‘ secundum quod Pomponio visum est ’: Marciano.

Nei suoi frammenti ci sono conservate dieci citazioni di Pomponio.

2, 20, 9 ‘ Iulianus ait ’.

La citazione potrebbe attribuirsi anche a Gaio: altri criteri (v. ad h. l.) inducono ad attribuire il passo a Marciano.

2, 20, 12 ‘ Celsus existimat ’: Marciano.

Celso è citato quattro volte nei frammenti a noi pervenuti di questo autore. Per la forma della citazione vedi, ad esempio, D. 34, 5, 14.

2, 20, 14 ‘ Papinianus scripsit ’: Marciano.
2, 20, 16 ‘ Iulianus scripsit ’: Marciano.
2, 20, 18 ‘ Iulianus ait ’.
2, 20, 20 ‘ Iulianus ait ’.
2, 20, 36 ‘ Sabinus existimabat ’: Gaio *res cott.*

Marciano non cita mai direttamente Sabino. D. 1, 8, 8, 2: « Sabinum recte respondisse Cassius refert »; D. 8, 5, 19: « Celsus scripsit idque ait Sabino placuisse ».

---

l’imperfetto (D. 40, 5, 50: “ Cervidius Scaevola... *putabat* ”; D. 46, 3, 47, 1: “ ut Scaevola *aiebat* ... sic ... *putabat* ”). Negli altri due casi la citazione di Scevola è intrecciata con altre.

3, 8, 2 ‘ quod et Iuliano et aliis plerisque visum est ’.

La menzione dei *plerique* accenna chiaramente a Gaio (v. ad h. l.).

3, 25, 2 ‘ Quintus Mucius... existimavit... Servius Sulpicius... contra sentit ’: Gaio.

Questi autori, la cui menzione non è infrequente in Gaio, non sono mai nominati in Marciano.

3, 26, 6 ‘ optinuit Sabini sententia ’: Gaio.

3, 26, 8 ‘ Sabino et Cassio placuerit... diversae scholae auctores... existimant ’: Gaio.

Le menzioni delle controversie scolastiche sono comunissime in Gaio. Marciano non contrappone mai le opinioni delle due scuole, che ai suoi tempi erano da un pezzo dimenticate: solo talora nomina in gruppo i « sabiniani ». Perchè nei libri III-IV manchi ogni citazione di Celso, Pomponio, Marcello, Scevola e Papiniano, non sarà più oscuro per chi abbia seguito il nostro ragionamento.

Un altro criterio si può desumere dalle citazioni di costituzioni imperiali. Tali citazioni sogliono abbondare nelle Istituzioni di Marciano e a queste vanno esclusivamente ricondotte per evidente ragione cronologica quelle in cui si nomina il « divus Antoninus »; così si determinano i seguenti passi:

1, 25, 18. 1, 25, 19. 1, 26, 3. 1, 26, 4. 1, 26, 9.

2, 6, 13. 2, 10, 7. 2, 15, 3. 2, 17, 7. 2, 17, 8. 2, 20, 5. 2, 20, 12. 2, 20, 15. 2, 20, 20.

Anche la frase « saepissime constitutum est » (1, 4, 1 etc.) accenna, come vedremo, con certezza a Marciano.

Con le cose dette in genere sulle singole fonti e sull'uso di Marciano nella compilazione delle Istituzioni sta in piena armonia il fatto che, mentre vi sono *dodici* citazioni di costituzioni imperiali nel primo libro e *ventisei* nel secondo, non se ne hanno che *cinque* nel terzo ed *una* nel quarto, e che delle citazioni contenute nei libri III-IV nessuna è posteriore a Marco Aurelio!

Un ottimo criterio è quello della esclusione: quanto però il suo valore probante è forte, di tanto è ristretta la sua efficacia, servendo piuttosto a limitare il problema e circoscri-

verlo, che non a risolverlo. In sostanza esso si riduce a questo: si esclude che un dato passo derivi da una certa fonte, perchè si sa che in questa o erano esposte diverse opinioni o lo stesso punto era esposto in forma diversa.

Così, ad es., nelle Istituzioni si dice (1, 3, 4) che « servi nascuntur aut fiunt » e che « fiunt aut iure gentium aut iure civili ». Il passo non può derivare da Marciano, il quale al contrario nelle sue Istituzioni (D. 1, 5, 5, 1) scrive che i servi si riducono nella potestà nostra o pel *ius gentium* (nascita, cattività) o pel *ius civile*: la nascita dunque per lui non è un membro della maggiore classificazione, ma invece lo è della sottodivisione. Nè parimenti può attibuirsi a Marciano la ragione etimologica della definizione di « res sanctae » (da *sancire*) esposta in I. 2, 1, 10; egli infatti opinava che « sanctum » si dicesse da *sagmen* (D. 1, 8, 8, 1). Fiorentino dava del legato (D. 30, 116 pr.) una definizione diversa da quella che si trova in I. 2, 20 pr. Il confronto con D. 5, 2, 30, 1 e 35, 1, 33 esclude che i §§ 4 e 5 di I. 2, 18 appartengano a Marciano o a Fiorentino. Che le nozioni sulla successione intestata in I. 3, 1 sgg. non provengano da Ulpiano, si dimostra col confronto di Ulp. in *Collatio*, 16, 5 sgg. La menzione di certe magistrature o di certe funzioni serve pure ad escludere fonti determinate: v., ad es., 1, 24 pr. 1, 25 pr. 1, 16, 5. 1, 24, 1. 1, 25, 5; 7; 15 etc.

Altro criterio è quello dell'analogia. Ove consti che uno degli accennati autori abbia in qualche opera sua trattato qualche punto analogamente, si conclude che fonte del passo delle Istituzioni sia altro brano delle opere sue a questo corrispondente. Noi sappiamo, infatti, come fosse comune nei giuristi romani il valersi delle stesse o di simili frasi, quando avessero da riprodurre il medesimo concetto. Così, ad es., non vi ha ragione, se in qualche punto le Istituzioni giustinianee paiono coincidere cole Sentenze di Paolo (3, 15 pr. con *Sent.* 5, 7, 1 e 3, 19, 17 con *Sent.* 5, 7, 2), di concludere che queste ultime, di cui non si trova del resto alcuna traccia e che non sono menzionate nelle costituzioni giustinianee che parlano della composizione delle Istituzioni, siano state adibite dai compilatori di queste. Simili incontri troviamo con altre opere pauliane: col *liber singularis de iniuriis* (*Coll.* 2, 5, cfr. I. 4, 4 pr.), coi libri *ad Sab.* (D. 9, 2, 31 pr.: cfr. I. 4, 3, 4-5) ecc. È ovvio pensare che la fonte in tali casi sieno state le Istitu-

zioni di Paolo, che certo non potevano rimanere escluse dal *corpus veterum institutionum.* Così pure certi incontri col *liber sing. regularum* di Ulpiano (20, 6: cfr. I. 2, 10, 8) (1) o coi *septem libri regularum* (D. 1, 1, 10 cfr. I. 1, 1 pr.; 1; 3. D. 28, 5, 51 [50], 2: cfr. I. 2, 14, 5) ecc., si possono spiegare ammettendo che analogamente si esprimesse Ulpiano nelle Istituzioni e di qui togliessero i compilatori.

Anzi, perfino l'incontro di talune definizioni con altre date da Modestino induce a ritenere che la fonte comune siano le Istituzioni di Ulpiano; vedi l'uso fatto di questo criterio in 2, 20, 1 (cfr. Modestino, D. 31, 36) e 1, 9, 1 (Mod. D. 23, 2, 1) e in qualche altro passo, almeno in linea subordinata. La giustificazione più ampia di questo procedimento si trova nell'Appendice seconda al presente lavoro.

La più larga applicazione di questo criterio io ho fatto per indagare le tracce delle *res cottidianae* di Gaio. Molto di frequente avviene (e senza addurre esempi speciali basti qui rinviare a quanto si dice pei singoli titoli) che un passo delle Istituzioni giustinianee presenti in confronto del relativo punto delle Istituzioni di Gaio grandi analogie e nel tempo medesimo forti divergenze, che non si possono ascrivere a mutazione da parte dei compilatori, tanto più che anche in queste parti divergenti si riscontrano i caratteri della lingua e dello stile di Gaio. Parimenti avviene talora che un passo delle Istituzioni presenti tali analogie e tali divergenze con qualche brano di altra opera gaiana (in particolare del commento all' Editto provinciale) conservato nei Digesti. Non si può dubitare che la fonte in questi casi sieno le *res cottidianae* del medesimo autore.

Quanta sia l'affinità fra le *res cottidianae* e le Istituzioni di Gaio è a tutti noto: cfr., ad es., GI. 3, 155 sg. con D. 17, 1, 2. GI. 3, 147 con D. 19, 2, 2, 1. GI. 2, 66-69 con D. 41, 1, 3; 5. GI. 2, 70 sgg. con D. 41, 1, 7, 1 sgg. GI. 2, 50 con D. 41, 3, 36. GI. 3, 90 con D. 44, 7, 1, 2, etc. Possiamo anzi affermare in genere che ben difficilmente si troverà che Gaio, trattando in diverse opere del medesimo punto di diritto, non adoperi almeno alcune frasi ed espressioni caratteristiche comuni: non

---

(1) V. già su questo passo il KRUEGER, *Krit. Versuche*, p. 160.

di rado le analogie sono molto evidenti. Così, ad es., si confrontino i seguenti passi e si vedrà come lo stesso punto venga illustrato con esempi almeno in parte uguali e con frasi almeno parzialmente conformi:

Ed. Prov. [1]	D. 44, 1, 3	=	GI.	4, 120 sg.
	50, 17, 111, 1	=		4, 112 [2]
	3, 3, 46, 2	=		4, 101
	3, 5, 2	=	GR.	D. 44, 7, 5 pr.
	4, 5, 1	=	GI.	1, 159
	13, 6, 18 pr.	=	GR.	D. 44, 7, 1, 4
	23, 2, 55 pr.	=	GI.	1, 59
	26, 2, 1 pr.	=		1, 144
	1, 2	=		1, 146
	47, 2, 8	=		3, 185
	50, 16, 41	=		4, 155 in f.
	9, 3, 7	=	Ed. prov.	9, 1, 3
XII tab.	50, 16, 238 pr.	=	GI.	1, 3.

Il sistema delle opere adoperate per la compilazione e l'indole loro serve pure quale criterio di determinazione. Non si attribuirà ad es. alle Istituzioni di Marciano un passo che tratti delle obbligazioni o delle azioni in genere, nè alle Istituzioni di Ulpiano e di Paolo un passo, in cui si trovano dettagli di casistica. Parimenti non si possono riferire le definizioni alle Istituzioni di Marciano, che ne sono aliene: esse sono invece molto frequenti nelle Istituzioni di Fiorentino ed in quelle di Ulpiano. In queste vi erano maggiori notizie sulla natura in genere del diritto e sulle fonti di esso; nelle *res cottidianae* erano trattati con speciale cura i modi di acquisto della proprietà, nelle Istituzioni di Marciano la tutela e le successioni testamentarie, in quelle di Fiorentino la dottrina delle stipulazioni.

Un ultimo criterio è fornito dall'esame della lingua e dello stile dei singoli passi. Vi sono alcune espressioni, che denotano con certezza l'autore del brano; poichè esse sono esclusive di lui e, non occorrendo nell'uso dei compilatori,

---

[1] I passi seguono l'ordine dei *libri ad ed. prov.*

[2] V. specialmente la frase " actiones poenales ex maleficio ".

non si possono neppure attribuire a mutazioni introdotte nella trascrizione. Così rispetto a Gaio le frasi scolastiche « admonendi sumus », « et prius dispiciamus », « suo loco proponemus » etc.: e inoltre altre dizioni caratteristiche, come « qua de causa », « usque eo donec », « et denique » per indicare l'ultimo membro di una enumerazione, etc. Invece « per contrarium », « saepissime » non possono ascriversi che a Marciano o Ulpiano; e così pure (tenendo conto dei giuristi che qui vengono in considerazione) « verumtamen », « adimplere ». A Ulpiano riconduce la frase « ut puta »: a Paolo la coniugazione analogica di *praestare*. E per un criterio inverso escludono Gaio, ad es., « plecti » nel senso di punire: « videlicet », « ut puta », « ostendere » (= admonere).

Oltre queste ed altre frasi e dizioni, di cui si dirà a proposito dei singoli passi, bisogna notare esservene molte che, sebbene non esclusive di un determinato autore, sono però da lui preferite: così per Gaio « ut ecce », « proinde .... ac », « aliter... quam », « unde »; per Marciano l'abuso di « hoc » al neutro, « alias .... nisi », « verumtamem » etc. L'uso di simili dizioni riuscirà probante solo quando esse si trovino riunite in copia nel medesimo brano o quando concorrano altri criteri. Così, ad esempio, non è possibile pensare ad altra fonte che a Gaio per I. 2, 14, 7 « videamus... quid iuris sit... et constat ... perinde (* proinde) ... ac ... et ex diverso ... verbi gratia... perinde... ac ». Tutte queste locuzioni sono preferite da Gaio e frequentissime in lui; mentre alcune escludono altri giuristi (Ulpiano, Marciano), il loro cumulo in così breve spazio non dà luogo ad incertezza. Bisogna poi osservare che nell'analisi seguente io ho procurato di dimostrare per quei passi, in cui poteva parere utile, che la lingua adoperata corrisponde all'uso della fonte designata.

Non insisto maggiormente su questo criterio poichè la sua applicazione è fatta sempre pei singoli passi con tale abbondanza di riferimenti, da rendere superflue ulteriori spiegazioni. Se in questa nuova Memoria tale applicazione è fatta con larghezza maggiore, ciò dipende dalla maggior copia e sicurezza di risultati, che dobbiamo segnatamente alla benemerita scuola del Wölfflin, e da una nuova messe di osservazioni, che ripetuti confronti dei testi mi hanno suggerito.

Anche l'argomentazione da un passo di riconosciuta ori-

gine ad un altro di origine incognita è una via opportuna per riuscire alla determinazione di questa, quando il nesso fra i due passi sia veramente intimo e l'uno appaia evidentemente il precedente o la continuazione dell'altro. Si troveranno diverse applicazioni di questo criterio: così ad es. la scoperta origine di I. 2, 20, 30 serve a indicare quella di I. 2, 20, 29; I. 1, 2, 3 illumina l'origine di I. 1, 2, 9; e così via.

Ora segue l'indicazione delle fonti per ciascun titolo; ad essa sono aggiunte le necessarie illustrazioni. Le sigle impiegate sono le seguenti:

GI. = Gaius: institutiones.
GR. = Gaius: res cottidianae.
GEpr. = Gaius: ad edictum provinciale.
U. = Ulpianus: institutiones.
Ulp. = Ulpianus (vel ex Digestis vel aliunde).
M. = Marcianus: institutiones.
F. = Florentinus: institutiones.
P. = Paulus: institutiones.
Dig. = Digesta.
comp. = compilatori.
cfr. = per diretto confronto.
* precede le ricostruzioni dei testi originarii alterati dai compilatori.

LIBRO PRIMO.

TITOLO I pr. - § 1 = D. | § 2 = G. | § 3 = D. | § 4 = U. cfr.

Il pr. e i §§ 1 e 3 corrispondono rispettivamente al D. 1, 1, 10 pr.; 10, 2; 10, 1 derivante dal *lib. 1 regularum* di Ulpiano. Non è escluso che simili nozioni generali si trovassero formulate nella stessa maniera anche nelle istituzioni ulpianee, di cui è certo l'uso diretto da parte dei compilatori. Il § 4 è preso dalle istituzioni di Ulpiano, come dimostra il confronto (D. 1, 1, 1, 2), ma con notevole abbreviazione e conseguente modificazione. Il § 2 avevo io già attribuito ai compilatori. Il Kalb (p. 209) ne ha bene indovinato il motivo: « durch den rhetorischen Stil veranlasst ». Egli però ha osservato che lingua e stile non presentano i caratteri ordinari bizantini; che qualche

affettazione e gonfiezza non è aliena dalle abitudini dei giuristi classici nelle parti introduttive dei loro scritti, e ha finito coll'attribuirne l'origine alle istituzioni di Marciano. « Evidentemente tali parole dovevano essere preposte ad un corso elementare, e, poichè non si possono riferire nè alle Istituzioni di Gaio nè a quelle di Ulpiano, le maggiori probabilità sono per Marciano, le cui Istituzioni assai più di quelle di Fiorentino furono adoperate dai compilatori » (p. 212, in nota). Però chi ben consideri questo passo non tarderà ad avvedersi essere esso d'origine gaiana. Se derivi da una prefazione alle *res cottidianae* o da una alle Istituzioni, andata per noi perduta, non oso decidere, quantunque essa appaia in piena armonia colla costante preoccupazione che nelle Istituzioni medesime si manifesta per la chiarezza e l'ordine dell'esposizione. È notevole come nelle Istituzioni questa preoccupazione sia manifestata con espressioni analoghe: « si primo levi ac simplici, (post) deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur »: cfr. ad es. 2, 86 « diligenter dispiciamus »: 4, 69 « superius mentionem habuimus... opus est ut... diligentius admoneamus »: 4, 60 « diligentius requiremus »: 4, 10 « quod ut manifestum fiat, opus est ut prius... loquamur » [1]. Anche le tracce del linguaggio gaiano non mancano: *statim ab initio* cfr. 2, 123; 148. 4, 172; 173, etc.; *tradere* nel senso di esporre (2, 184. 3, 38, etc.): « ita posse tradi commodissime » = 1, 149 « rectissime sic dari potest ». *Commode* (*-ius*) è un avverbio poco frequente nei classici, frequente in Gaio (ad es. 1, 134. 4, 31. D. 7, 5, 7) e proprio anche per indicare l'opportunità dell'esposizione (cfr. 2, 146 « commodius erat... distingui »). Circa il significato di *interpretatio* cfr. la prefazione di Gaio alla sua esposizione delle XII tavole (D. 1, 2, 1), che presenta col nostro passo grandissima analogia. Anzi, dalla lettura di essa si ricava la persuasione che Gaio dovesse premettere analoghe dichiarazioni alle *res cottidianae* ed alle medesime

---

[1] Del resto, il contenuto del passo ha buon senso anche riferito ad una introduzione alle *res cottidianae*, giacchè in queste si espone appunto con " più diligente ed esatta interpretazione „ quello che nelle Istituzioni era stato trattato " più superficialmente e facilmente „. Il maestro, in altri termini, avrebbe così illustrato il rapporto fra i commentarii delle *res cottidianae* e quelli delle Istituzioni.

Istituzioni; altrimenti egli avrebbe, contro le sue stesse regole, cominciato « illotis ... manibus, protinus materiam interpretationis tractare ».

TITOLO II pr. = U. cfr. | § 1 = GI. | § 2 = U. + F.? | § 3 = U. *partim* cfr. | § 4 = U. + GI. | § 5 = U. | § 6 = U. *partim* cfr. | § 7 = U. | § 8 = GI. + U. | § 9 = U. | § 10 = M.? | § 11 = ? | § 12 = GI. + ?

Il pr. corrisponde al D. 1, 1, 1, 3; ma è stato preso dall' opera genuina, come risulta dall' uso largo di essa, che i compilatori hanno fatto in questo titolo. Le divergenze fra il testo delle Istituzioni e quello dei Digesti sono generalmente a tutto svantaggio delle prime (1). Il § 1 (tranne le prime parole, aggiunte dai compilatori per ottenere la fusione) è tolto da GI. Si potrebbe credere che i compilatori attingessero qui al Digesto, anzichè all' opera genuina, trovandosi anche in quello (D. 1, 1, 9), in luogo di « ipsius (*scil.* populi) proprium est... quasi ius proprium civitatis » (GI. 1, 1), « ipsius proprium civitatis est... quasi ius proprium ipsius civitatis ». Ma qui è ovvio pensare che si abbia davanti una variante del manoscritto che ha servito ai compilatori; è tanto facile che la parola *civitatis* o la parola *ipsius* sia stata tolta o aggiunta ad una delle due frasi simili, che nessuno, esperto di manoscritti, se ne dovrebbe maravigliare. Nè poi è certo che la lezione del palinsesto sia la migliore: che Gaio dicesse il « ius civile » essere il « ius proprium civitatis » senz' altra determinazione, è dubbio: in D. 41, 1, 1 pr. egli dice: « iure civili ... i. e. iure proprio civitatis nostrae ».

Il § 2 è di origine molto disputata. Da ultimo il Kalb (2) attribuisce la prima parte ad Ulpiano e la seconda (quella relativa al *ius gentium*) a Marciano, mentre il Krueger (3) aveva dichiarato inverosimile ogni ipotesi che risolvesse il paragrafo in una ricucitura di brani diversi. Che la prima parte debbasi a Ulpiano, si potrebbe concedere al Bremer (4) e al Kalb, os-

(1) KRUEGER, *Kritische Versuche*, p. 161.

(2) p. 213.

(3) *Krit. Vers.*, p. 157.

(4) *De D. U. inst.*, p. 52 sg.

servando come essa si presti egregiamente a colmare la lacuna di pensiero che intercede fra il pr. e il § 1 di D. 1, 1, 6 (= U. 1 *inst.*). Anzi le parole del § 1 cit. *hoc igitur ius nostrum* sembrano proprio riferirsi a quanto dice il nostro paragrafo: « quotiens non addimus cuius sit civitatis, *nostrum ius significamus* ». E non è che in piena armonia con quanto in questo si dice sul « ius civile Atheniensum » e sul significato di *poeta* (per antonomasia) *apud Graecos*, che nel fr. 6 § 1 si parifichi alla romana distinzione fra *ius scriptum* e *non scriptum* quella *apud Graecos* fra νόμοι ἔγγραφοι e ἄγραφοι. Per la menzione di « Draco et Solo » in Ulpiano è già stato ricordato il D. 48, 5, 24 (23) pr. La seconda parte non si vuole dal Kalb attribuire a Ulpiano, perchè questo dice altrimenti (in parte) le stesse cose (D. 1, 1, 1, 4) e perchè egli parla nelle sue Istituzioni prima del *ius gentium* e quindi del *ius civile.* Il primo argomento non è molto forte, poichè le prime parole di questa seconda parte potrebbero essere un breve riassunto del testo contenuto in D. cit.: ma il secondo mantiene tutto il suo valore, specialmente se si considera che il successivo § 3 appare la naturale continuazione della prima parte del § 2 e che la seconda ha l'aspetto di un brano inserito. Non è inverosimile che questa seconda parte derivi da Fiorentino, seguace della tricotomia, che illustrava nelle sue Istituzioni con esempi le definizioni di *ius naturale* e di *ius gentium* (1) e che dichiarava la *servitus* « essere una *constitutio iuris gentium* » (§ 2 cit. « .... *gentes humanae* quaedam sibi *constituerunt*... et servitutes... ») contraria alla natura (§ 2 cit. « ... iuri naturali contrariae ... »): D. 1, 5, 4, 1.

Il § 3 appartiene certo alle Istituzioni ulpianee; in parte ciò si dimostra col diretto confronto (D. 1, 1, 6, 1): in parte col nesso del brano così accertato con quanto precede e con quanto segue.

Il § 4 nella sua prima parte deriva da Ulpiano; le definizioni di « lex » e di « plebiscitum » diversificano da quelle di Gaio (naturalmente simili definizioni scolastiche fondamen-

---

(1) Cfr. D. 1, 1, 3. L'esempio è nel D. riferito al " ius gentium „; ma sembra che in F. si riferisse al *ius naturale:* " cum .... *natura constituit,* consequens est... nefas esse „.

tali si accordano sempre in alcuni termini caratteristici) [1]: soprattutto l'elemento integrale della « rogatio », che vi è opopportunamente inserito, mostra che non si tratta di capricciose alterazioni dei compilatori. Invece fu presa dalle Istituzioni di Gaio la distinzione fra *populus* e *plebs*. Non so perchè il Bremer, il Krueger e il Kalb attribuiscano ad U. questo brano, che coincide sostanzialmente con Gai. 1, 3. Il testo delle Istituzioni al posto di « patricii » mette « patricii et senatores » e qui parmi siavi una pseudo-correzione di mano bizantina; tace della ragione addotta dai *patricii* per sostenere l'inefficacia dei plebisciti a loro riguardo, ma che il testo che stava davanti ai compilatori ne parlasse si prova dalle parole « *sed et* plebiscita etc. », in cui si riproduce abbreviata la dottrina intorno alla legge Ortensia. Il § 5 si può attribuire a U. e l'incontro nelle prime parole con G. 1, 4 non significa nulla in contrario, trattandosi del consueto schema « iubere et constituere ». Invece la ragione per cui « aequum visum est senatum vice populi consuli » non è male espressa (salva una lieve mancanza contro la *consecutio temporum*) e corrisponde bene a quello che poi U. soggiunge circa le costituzioni.

Il § 6 è derivato pure dalle Istituzioni di U., come prova il diretto confronto: D. 1, 4, 1. Generalmente sono da ritenersi genuine le varianti (del resto lievi) delle Pandette. Soprattutto è preferibile il *conferat* dei Digesti al *concessit* delle Istituzioni, e bene i Digesti dopo *epistulam* soggiungono *et subscriptionem:* « quas vulgo c. appellamus » è genuino in confronto di « quae c. appellantur ». L'aggiunta delle Ist. « quoniam non hoc princeps vult » è superflua e male espressa. Invece la chiusa sulle *c. generales,* mancante nei Digesti, è necessaria e da reputarsi genuina.

Il § 7 si attribuisce generalmente ed a ragione all'opera stessa. Merita (oltre i motivi tratti dalla connessione del passo con quanto precede e sussegue) di essere riferito l'argomento del Kalb [2], che ha osservato come l'aggettivo *modicus* sia preferito da Ulpiano, che è il solo poi ad usare *non modicus*

---

[1] V. anche quelle di Capitone in Gellio, *N. A.*. 10, 20, 1, 6.

[2] Op. cit., p. 214.

per litote nel senso di « grande » : ad es. D. 14, 5, 4 pr. 26, 7, 7 pr.

Il principio del § 8 viene dalle Istituzioni di Gaio (1, 7): quello che segue, almeno fino a *liceat*, si può attribuire con molta verosimiglianza a Ulpiano [1].

Il § 9 è di U., come si evince dal § 3 e dalla naturale connessione. Sebbene le parole sieno diverse, il concetto non è alieno da quanto espone Ulpiano stesso nelle *Regulae* § 4: « Mores sunt tacitus consensus populi (longa) consuetudine inveteratus » (cfr. « diuturni mores consensu utentium comprobati »). Più ancora « diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur » è da raffrontare con quanto dice altrove lo stesso Ulpiano [2]: « diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet » ; dove anche le parole « quae non ex scripto descendunt » ricordano le altre « ex non scripto ius venit ».

Molto incerta è l' origine dei §§ 10–11. Il primo porge un concetto del « ius nec scriptum » che non è in armonia con quello esposto dal § 9. L' attribuzione del § 10 alle istituzioni marcianee [3] non è inverosimile, poichè sappiamo (D. 1, 1, 8; 12. 1, 3, 2) che le nozioni generali sulle fonti del diritto erano nelle Istituzioni medesime trattate, e appunto con riferimento alle dottrine dei greci. Ancora meno può dirsi circa il § 11, che Voigt e Bremer attribuiscono al medesimo autore.

Il § 12 deriva dalle Istituzioni di Gaio (1, 8) nella sua prima parte; il resto potrebbe derivare da Ulp. (ciò che spiegherebbe anche l' analogia con Herm. 1 *epit.:* D. 1, 5, 2).

TITOLO III pr. = GI. | §§ 1-3 = F. cfr. | §§ 4-5 = F.

Per il pr. cfr. G. 1, 9. Si può supporre che i compilatori togliessero il passo dai Digesti (D. 1, 5, 3), poichè in ambo i luoghi si legge: « Summa *itaque* .... » anzichè « Et quidem summa .... ». Ma si può pensare anche ad una variante esistente nel manoscritto di Gaio da essi adoperato, poichè il passo immediatamente successivo di F., che tanto nelle Isti-

---

[1] Cfr. KRUEGER, *Kr. Vers.*, p. 163.
[2] l. 1 *de off. proc.*, D. 1, 3, 33.
[3] VOIGT, BREMER, KALB.

tuzioni che nei Digesti si rannoda a quello di Gaio, non appare derivato da questi in quelle, bensì preso dalla fonte genuina.

§§ 1-3. Cfr. D. 1, 5, 4. In genere le varianti offerte nel testo delle Istituzioni sono preferibili: buona l' aggiunta « ex qua etiam liberi vocantur »; essa è richiesta dal parallelismo delle definizioni di « servi » e « mancipia ».

L' attribuzione del § 4 a F. raccoglie largo consenso (1). Marciano è escluso dal confronto del D. 1, 5, 5, 1, dove si dice che i servi sono tali o *iure gentium* (nascita, cattività) o *iure civili*. Qui invece s' insegna che i servi *nascono* o *diventano*: *diventano*, poi, *iure gentium* (cattività) o *iure civili*. Gaio non usa mai « venumdari », che invece è frequente nei giuristi dopo Marco Aurelio (2). L' equazione fra il *ius gentium* e la *captivitas* risponde bene alla precedente esemplificazione di Fiorentino. Anche il § 5 si ascrive opportunamente alla stessa fonte. Esso non può essere di M. (qualunque sia l'avviso di Appleton, l. c.), che esprime con diverse parole lo stesso pensiero (1, 5, 5 pr.): non può essere di Ulp. che non fa la bipartizione « servi » e « liberi », e quindi la sottodistinzione dei *liberi* in *ingenui* e *libertini*, ma fa la tripartizione « liberi (ingenui) » « servi » « libertini » (D. 1, 1, 4): Gaio, poi, in questo senso non parla di *differentiae*, ma di « divisiones » e di « genera »: *differentiae* sono dette da lui non le varie categorie di una classificazione ma la verietà di trattamento in consimili istituti (2, 18. 2, 268): *multae differentiae* poi non è frase gaiana.

Il Krueger attribuisce ad Ulp. le ultime parole: « aut enim ingenui sunt, aut libertini » (3), pur ritenendo che la parte precedente appartenga a F.: egli ravvisa una incongruenza fra le « multae differentiae » ed una semplice dicotomia. Si avverta però che F. poteva benissimo discorrere di « molte differenze », pur soggiungendo che i liberi si dividevano in ingenui e libertini e quindi (in una frase o levata dai compilatori o più avanti esposta) che questi ultimi si dividevano in varie categorie.

---

(1) V. da ultimo anche APPLETON, p. 40 n.; KALB, p. 216 n.

(2) KALB, *Roms Juristen*, p. 16 sg. Gaio avrebbe poi dato altri esempi (cfr. 1, 160 = 4, 77) non utili ai compilatori. Cfr. I. 1, 16, 3.

(3) Op. cit., p. 159, 164.

TITOLO IV pr. = F. + M. cfr. | § 1 = M.

La connessione evidente della prima parte con la fine del titolo terzo convince che essa pure si deve a F. Marciano è escluso dal confronto col D. 1, 5, 5, 2: Ulpiano, a cui il Krueger attribuisce questo passo per la connessione con le ultime parole del titolo terzo da lui riferite, come s'è detto, a tale autore, è parimenti escluso dal confronto col D. 1, 1, 4: v. quanto si è osservato al titolo precedente. L'attribuzione a F. non ha poi alcuna difficoltà: le definizioni (e proprio in questa forma « ingenuus is est... etc. ») [1] sono in lui frequentissime, come è frequente la distinzione nella forma « sive... sive... » (D. 28, 5, 50, 1 (bis); D. 45, 3, 15).

La seconda parte si prova col confronto derivata dalle Istituzioni di Marciano (D. 1, 5, 5, 2). Le parole « nec interest iustis nuptiis concepit an vulgo » furono omesse nelle Ist., ravvisandosi all'uopo sufficiente quanto si diceva nel brano precedente tolto da F. Del rimanente, il testo delle Ist. è più completo: « ex his et illud quaesitum est » (D.: ex hoc q. e.): v. l'uso di *illud* in M. (ad. es. 48, 21, 3, 8. 1, 8, 2, 1. 48, 15, 3, 1. 20, 2, 5, 1. 20, 5, 7, 1): « et *Marcellus* probat » (D.: *rectius* probatum est). A Marciano appartiene senza dubbio l'approvazione « quod et verum est » che sussegue all'esposizione dell'opinione di Marcello. Tali giudizi sono infatti in lui comuni: ad es. D. 36, 2, 20 (Iulianus... scribit... quae sententia vera est); D. 32, 65 pr. (Labeo scripsit ... et puto veram esse Labeonis sententiam); D. 36, 1, 34 (33) (scribit Celsus .... quod verius esse arbitror); D. 40, 15, 1, 4 (Marcellus ... scripsit ... ego quoque ... idem secutus sum); D. 20, 4, 12, 6 (et ita Papinianus ... scripsit, et verum est), etc.

L'attribuzione del § 1 a M. non reca difficoltà: anzi la frase « saepissime... constitutum est » basterebbe a qualificare il passo (D. 39, 4, 16, 4. 48, 15, 3 pr. 48, 24, 2). Ho già osservato altrove che il D. 40, 11, 2 (Marc. 1 *inst.*) sembra proprio la naturale continuazione del nostro passo: si avverta specialmente l'acconcio contrapposto, che ne risulta: « Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi... interdum et servi nati ex postfacto iuris interventu ingenui fiunt... ».

---

[1] V. l'introduzione.

Titolo V pr. = GI. + U. cfr. | § 1 = comp. | § 2 = GI. | § 3 = comp.

Non c'è motivo di attribuire ad U. anche la prima parte (= G. 1, 11), come fa il Krueger (²).

Titolo VI pr. = GI. | § 1 = GR. | § 2 = GR. + comp. | § 3 = GR. *partim* cfr. | § 4 = GI. | § 5 = GR. | § 6 = GR. ? | § 7 = GI. + comp.

Il pr. si determina col confronto con G. 1, 36; 37. Il § 1 è già stato da me attribuito a GR.; nè in contrario vale l'osservazione del Kalb non essere conforme allo stile gaiano l'ablativo assoluto « hoc eo non faciente », trattandosi di un inciso aggiunto o sostituito dai compilatori. Del resto lingua e stile sono buoni e pienamente conformi a quelli di Gaio. Ecco alcuni appunti: « idque eadem lege Aelia Sentia provisum est et recte »; cfr. G. 1, 45 et hoc ipsa lege (Fufia) provisum est; 2, 134 idque lege Iunia Vellaea provisum est; D. 29, 4, 17 id (SCto pegasiano) provisum est. V. *infra* ad 2, 1, 29. Anche l'approvazione data alla legge colle parole « et recte » è conforme all'uso gaiano: 1, 53 (cost. di Antonino Pio); 4, 70 praetor... comparavit (in edicto) et recte; 4, 182 in edicto praetoris scriptum est et recte; D. 2, 2, 4 eleganter praetor excipit... et recte ecc. « Si modo nemo... extiterit » è dizione di tipo frequente in Gaio (1, 147. 2, 19; 20. 3, 41; 149; 161. 4, 37. D. 5, 3, 39, 1; ibid. 41 pr.). « *Valde* prospiciendum erat » (cfr. 3, 118; 122. 4, 20 etc.). Sugli effetti della nomina dell' *heres necessarius* v. lo stesso concetto esposto in 2, 154. Le costruzioni col participio futuro (heres extaturus non esset — qui satisfacturus esset creditoribus) sono pure frequentissime in Gaio: v., ad es., dal *Comm. ad ed. prov.* D. 3, 3, 46, 7. 3, 4, 1, 2. 3, 5, 2. 4, 3, 26. 13, 5, 28. 9, 3, 7. 9, 4, 27 pr. 6, 1, 20. 9, 1, 3. 9, 2, 8, 1. 39, 6, 31, 2. 13, 6, 18 pr. 17, 1, 27 pr. 19, 2, 25, 7. 38, 1, 22, 1. 7, 1, 56. 29, 3, 1 pr. 29, 4, 19. 29, 5, 25, 2. 30, 66. ib., 68, 3. ib., 69, 5. 35, 2, 73 pr. ib., 73, 4. 11, 7, 9. ib., 29, 1. 39, 2, 32 etc.

(²) Op. cit., p. 164.

Nel § 2 le prime parole sono verosimilmente un' alterata riproduzione di GR.: cfr. GI. 1, 187.

Il § 3 è la naturale continuazione del § 1: il discorso riprende, come se non intercedesse il § 2. Il confronto col D. 40, 9, 10 dimostra che si tratta di GR.: il testo offerto nelle Istituzioni è però molto più completo. Il periodo « praevaluisse... sufficiant » (salvo qualche ritocco di forma) è certo genuino e nel testo dato dai Digesti si avverte l' evidente lacuna. Anche la fine, che costituisce la naturale continuazione ed il complemento di quanto precede, deriva certo dalla stessa fonte: cfr. poi « tunc intellegimus impediri libertatem », « bona non suffectura sunt », « utroque modo... id est » (ad es. 2, 196).

Il § 4 risponde a G. 1, 38: non è improbabile che le stesse parole ad un dipresso occorressero anche in GR. Il § 5 contiene molte rassomiglianze gaiane (G. 1, 39 e 1, 19): siccome però il discorso è ben fuso, lo stile buono e buone le divergenze, siamo dalle analogie medesime ricondotti a GR. Il § 6 è brevissimo; Gaio usa *adprobata* in questa relazione (GI. 1, 18), come Giuliano (D. 40, 2, 6); Marciano (ib., 9, 1) e Ulpiano (ib., 16 pr. e Reg. 1, 12: *probata*. Marciano nelle sue Istituzioni tratta questo punto molto più largamente (D. 40, 2, 9, 1). Col § 7 cfr. G. 1, 40.

Titolo VII GI. + comp.

Cfr. G. 1, 42.

Titolo VIII pr. § 1. § 2 in. = GI. | § 2 fin. = M. ?

Cfr. G. 1, 48-53. Il passo ricorre anche in D. 1, 6, 1; ma le divergenze che questo offre rispetto al testo genuino sono molto più gravi di quelle offerte dalle Istituzioni, che danno anche una riproduzione più completa. La fine, però, del § 53 è nelle Istituzioni riprodotta con notevoli variazioni, le quali non si possono attribuire ai compilatori. Forse essi hanno qui attinto in parte a Marciano, dalle cui Istituzioni non è inverosimile che sia stato tolto il testo del rescritto. È noto infatti come M. soglia riportare nel loro testo le costituzioni: v. nelle sue Ist. D. 23, 2, 57ª. 28, 5, 49 (48), 2. 36, 1, 30 (29); per le espressioni poi cfr. § 2 « cuius rescripti - verba haec sunt » con fr. 48, 2 cit. « cuius (constitutionis) verba haec sunt »: cfr. fr. 29 cit. « cuius c^{is} v^{a} rettuli ». È vero che il rescritto medesimo è riferito da Ulp. *de off. proc.* anche nel D. 1, 6, 2; ma, poichè

i compilatori non hanno riprodotto Gaio da D. 1, 6, 1, e quindi non hanno neppure riferite le parole introduttive di Ulpiano, e invece hanno attinto da altra fonte le notizie sulla vendita « bonis condicionibus », sul rilascio del prezzo al *dominus* e la frase incisiva « expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur », la congettura nostra acquista non lieve verosimiglianza.

TITOLO IX pr. = GI. | § 1 = Ulp. | § 2 = GI. | § 3 = Ulp. cfr. + comp.

Per il pr. v. G. 1, 55. Che Ulp. (usufruito, come mostra il confronto nel § 3, in questo medesimo titolo) sia l'autore del § 1, è sommamente verosimile. Da una parte cfr. « matrimonium est viri et mulieris coniunctio » con Ulp. D. 1, 1, 1, 3 « maris atque feminae coniunctio quam nos matrimonium appellamus » ; dall'altra v. la definizione di Modestino (che anche altrove imita quelle del suo maestro) in D. 23, 2, 1 « nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae ». Il § 2 è preso da GI. l. c. Pel § 3 cfr. D. 1, 6, 4. Le ultime parole sono forse dello stesso Ulp.

TITOLO X pr. = GR. + comp. | § 1 = GI. | § 2 = GI. + GR. | § 3-10 = GR. | § 11 = comp. | § 12 = GR. + comp. | § 13 = GI. + comp.

Per il pr. abbondano gli argomenti desunti dalla forma: *et civilis et naturalis ratio suadet* (cfr. « ratio suadet » in D. 28, 7, 22; « aequitas suadet » in D. 3, 3, 46, 6; « magna ratio suadet » in D. 46, 1, 70, 5; « naturalis enim simul et civilis ratio suasit » in D. 3, 5, 39); *unde quaesitum est:* cfr., ad es., 3, 103; 122; 198. 4, 78.

Pel § 1 v. GI. 1, 58 sg. con pochissime e secondarie varianti [1].

Per il § 2 v. GI. 1, 60 sg. La chiusa, come ha forma *(et ideo constat)*, così ha origine gaiana: s'impone anche il confronto con D. 23, 2, 17 pr. 1.

---

[1] Non è escluso che si tratti di GR. e che le varianti si debbano spiegare in tal modo. Ad esempio, la dizione " usque ad infinitum „ aggiunta nelle Istituzioni si trova proprio nella medesima applicazione in Gaio, *Ed. prov.*, D. 23, 2, 53.

Per il § 3 sgg. gli argomenti sono diversi e desunti parte dalla forma, parte da confronti con altri scritti gaiani. Il § 3 è interpolato per la parte che concerne la « fratris filia » (G. 1, 62). Per la frase « quamvis quarto grado sint » cfr. D. 23, 2, 17, 2. Il § 5 si raffronta in parte con GI. 1, 62, in parte con D. ib.: v. pure la locuzione *qua ratione*. Il § 6 in parte si può confrontare con GI. 1, 63; cfr. poi le locuzioni seguenti: *ut ecce, quod scilicet ita accipi debet, alia ratione* (1). Il § 7 presenta nella forma molti indizi gaiani: « matris loco sunt », « dissoluta . . . adfinitate » (cfr. 1, 63 « adfinitas quaesita »; D. 23, 2, 55 pr. « adoptio dissoluta »); « alioquin si... » (ad es. D. 23, 2, 55, 1) (2). Il § 8 non offre segni determinanti; nessun argomento di sostanza o di forma può però dedursi contro l'origine gaiana, che è indicata dalla connessione coi paragrafi antecedenti e susseguenti. Il § 9 con lievi ritocchi di forma si deve attribuire all'opera stessa: per la citazione di Giuliano vedi l'introduzione (per la forma cfr., ad es., D. 15, 1, 27, 8). Il § 10 comincia colle parole *illud certum est*, frequentissime in G.: v., ad es., 3, 167. 4, 4; *impedimento esse nuptiis*: cfr. D. 23, 1, 8: « sponsalibus impedimento sit ».

Per il § 12 si osservino lo locuzioni seguenti: « nec dos intellegitur » (cfr., ad. es., 2, 40; 241); « ex eo coitu nascuntur » (1, 64); « quantum ad p. p.em pertinet » (1, 171. 2, 137 cfr. 1, 157. 3, 14; 51) « sequitur . . . ut » (1, 128. 2, 40. 3, 55. 4, 115. D. 2, 14, 28, 2 etc.); « dissoluto tali c. » v. sopra ad § 7. Vedi pure il parziale incontro con GI. 1, 64.

Per il § 13 *in.* cfr. GI. 1, 65.

TITOLO XI pr. § 1 = GI. | § 2 = comp. | § 3 = M. | §§ 4-8 = ? | § 9 = GI. | § 10 = GI. + comp. | § 11 = GI. + gloss. | § 12 = comp.

Il pr. e il § 1 corrispondono a G. 1, 97 - 99 con diverse varianti derivanti dal mutato diritto. Il § 3 si può attribuire a M. per ragioni formali. « Non alias . . . nisi » è frase aliena

---

(1) L'inizio ha: " Adfinitatis quoque *veneratione*, etc. „. Va forse letto semplicemente *ratione*, e questa pare la lezione suggerita dall'indice greco.

(2) " quia eadem duobus nupta esse non potest „ (GI. 1, 63 quia neque eadem duobus nupta esse potest): " duas uxores habere „ (GI. l. c.).

da Gaio (che suole adoperare « non aliter... quam ») e frequente in Marciano: v. D. 7, 1, 40. 20, 1, 5 pr. 30, 88. 50, 7, 5 (4), 4. *Videlicet* è parimenti espressione straniera a Gaio (in GI. 4, 112 si ha un glossema, come ormai è riconosciuto) (1) e frequente in Marciano: v. ad es. D. 48, 7, 1 pr. Anche « decedens pater » etc. sono frasi più proprie di Marciano che di Gaio.

Minori indizi abbiamo pel gruppo §§ 4–7. Non escluderei le Istituzioni di Paolo (2). Il § 5 presenta analogia con Paul. *Sent.* D. 1, 7, 37 pr. e il § 7 con Paul. *ad Ed.* fr. 6 ibid. e *ad Sab.* fr. 10 ib. Il § 8 presenta qualche somiglianza con G. 1, 105 (GR. ?) nella sua ultima parte. Il § 9 si confronta con G. 1, 103: è incerto se la fine sia aggiunta dai compilatori o riproduca una più ampia esposizione di GR. Il § 10 si confronta con G. 1, 104 nella parte genuina. Il § 11 con qualche evidente interpolazione risponde a G. 1, 107; la fine è, secondo ogni probabilità, una glossa alle Istituzioni di Gaio, che i compilatori accolsero nel loro testo.

Titolo XII pr. § 1 = GI. | §§ 2-4 = M. ? + comp. | § 5 = GI. + GR. + F. | § 6 = GI. + comp. | § 7 = GI. | § 8 = comp. | §§ 9-10 = GR.

Per il pr. e il § 1 cfr. G. 1, 124; 126; 127; 128. La chiusa del § 1 potrebbe essere presa da qualche altra fonte: forse da GR. (3).

Il gruppo dei §§ 2–4 parmi doversi attribuire a M. Per il § 2 è anche possibile parzialmente il diretto confronto: D. 48, 22, 4: nelle Istituzioni è stata omessa tutta una spiegazione che invece è nei Digesti conservata. Il § 3 fa menzione del *servus poenae*, che Gaio non nomina mai, mentre frequentemente esso viene nominato in Marciano (D. 34, 8, 3 pr. 40, 1, 8 pr. 48, 19, 17 pr.) (4):

---

(1) V. Krueger *ad h. l.*

(2) Il § 4 risolve molto decisamente una questione che Gaio (1, 106) suppone aperta. Però la risposta in quanto si estende tanto all'adozione quanto all'arrogazione ed in quanto esige la differenza minima di 18 anni si deve ai compilatori: v. l'interpolazione in D. 1, 7, 40, 1.

(3) *ex indulgentia principali* non è frase ignota a Gaio: D. 24, 1, 42 " ex indulgentia principis Antonini ". *Pristinum statum recipere* è frase tecnica (cfr. G. 1, 129; F. D. 30, 116, 4; M. D. 1, 7, 33).

(4) *effici servum poenae* è nel secondo dei passi citati.

anche « bestiis subiciuntur » è frase che trovasi in Marciano (D. 48, 8, 3, 5, cfr. D. 48, 10, 1, 9) mentre è straniera a Gaio che usa « ad bestias damnari » (D. 28, 1, 8, 4 e D. 48, 19, 29); non è vero, come io ho scritto altrove, che osti ad attribuire il passo a Marciano il D. 48, 19, 17, poichè qui si accenna in genere alla categoria del *servus poenae*, mentre nel nostro passo se ne parla in relazione alla patria potestà [1]. Attribuisco per connessione allo stesso autore il § 4 [2], salvo la fine, che appartiene ai compilatori.

Il § 5 invece presenta chiari segni di origine gaiana. La prima parte si può mettere in relazione con G. 1, 129; essa ha subito alcune alterazioni per ottenere la soluzione del quesito, nel testo genuino lasciato, sospeso e per l' introduzione di un glossema. La seconda parte per i suoi caratteri formali va attribuita a GR. L' etimologia e il modo di esporla sono conformi all' uso gaiano (G. 1, 121; 156. 3, 90. D. 50, 16, 233 pr.; 2. ib., 234; ib., 238, 2 etc.): cfr. *hinc et limes dictus est* (1, 121 « unde etiam mancipatio dicitur »; fr. 233 pr. « inde et cavillatio dicta est »); *dictum... a limine* (D. 24, 2, 2 pr.: « divortium... a diversitate mentium dictum est »; D. 50, 16, 233, 2 « dictum ab eo quod in longinquum mittitur »; ib., 238, 2 « appellatum a pugno »). *Imperii finem limen esse veteres voluerunt.* La menzione dei *veteres* è frequentissima in Gaio (1, 144; 145; 165; 188. 2, 55. 3, 180; 189; 202. 4, 11; D. 28, 5, 32 pr. etc.); analogo al presente è D. 19, 1, 19 « veteres... appellationibus... utebantur ». *Postliminio reversum recte dicimus*: « dicimus » si trova in G., non in F., nè in M.; notevole, anzi, che, proprio come nel caso attuale, a illustrazione del significato e dell' etimologia si usi in D. 50, 16, 235 pr. « ferri proprie dicimus... »; ib., 235, 1 « fabros tignarios dicimus... ».

La frase finale è presa da F. (D. 49, 15, 26), dove però si trovava in altro contesto.

Il § 6 nelle prime parole s' incontra con G. 1, 132: il resto è fattura dei compilatori; il § 7 corrisponde a G. 1, 133 (rest. ex D. 1, 7, 28): sul rapporto fra i due testi ha ragionato

---

[1] Il nostro paragrafo dovette esser preso dal 2° libro delle Istituzioni di Marciano, non dal 1° come il fr. 17 cit.

[2] *consularia* per *consularis* è una delle consuete sostituzioni bizantine.

correttamente lo Huschke nella sua edizione di Gaio. Il § 8 è dei compilatori.

I §§ 9 e 10, strettamente collegati fra loro, sono verosimilmente tolti da GR.: v. anche il parziale incontro con G. 1, 137[a]. Ad ogni modo, trattandosi di diritto mutato, essi hanno subito alterazioni considerevoli.

TITOLO XIII pr. = GI. | §§ 1-2 = D. | §§ 3-4 = GI. | § 5 = M.

Il pr. deriva da G. 1, 142; 143: i §§ 1-2 sono presi evidentemente dal D. 26, 1, 1 (Paul. 38 *ad ed.*); nei §§ 3-4 si ritorna alle Istituzioni di Gaio 1, 144; 146; 147, con qualche omissione e sostituzione. L'attribuzione del § 5 a M. è determinata dal fatto che si dice senz'altro *confirmandus est ex sententia praesidis* (cfr. l'Introduzione); conforme all'uso suo è pure l'esplicazione nella forma « *id est* sine inquisitione »: cfr. D. 11, 7, 39. 33, 1, 24; v. D. 48, 19, 17, 1. 30, 119. 34, 5, 18 (19) pr.

TITOLO XIV pr. - § 4 M.: cfr. *in fin.* | § 5 = D.

La fine del § 4 è per il diretto confronto da attribuirsi a M. (D. 26, 2, 14), il che fa ritenere che a lui appartenga tutto il paragrafo, che risulta intimamente connesso. Siccome poi il § 4 offre un'antitesi, e un complemento insieme, al § 3 e nella stessa forma lo presuppone, riesce naturale attribuire anche quest'ultimo allo stesso autore. Il brano pr. - § 2 offre pure diversi caratteri formali della medesima origine. « Sed sciendum est ... aliud dicendum est »: « et per hoc » (D. 49, 14, 18, 7: *hoc* neutro è poi in M. frequentissimo: cfr., ad es., D. 1, 5, 5, 3. 48, 10, 1, 10. 12, 6, 40 pr. 29, 5, 15 pr. etc.). Questi paragrafi sono poi così connessi, che non si può dubitare della loro genesi comune.

Il § 5 è preso dal D. 26, 2, 5; 6 (Ulp. 15 e 39 *ad Sab.*).

TITOLO XV pr. § 1 = GI. | § 2 = GR. | § 3 = GI.

Per il pr. e per il § 1 v. G. 1, 155; 156. Circa il § 2 l'Appleton[1] ha messo bene in chiaro come non regga la supposta

---

[1] Op. cit., p. 37, n. 26.

derivazione, pretesa da taluni, dal D. 26, 4, 6 (Paul. 38 *ad Ed.*). L'origine gaiana è comprovata da indizi formali; la costruzione schematica « quod autem lex ab int° vocat... non hanc habet significationem » (ad es., 1, 24; 31; 45; 89. 2, 33; 49; 206. 3, 109; 178 etc.; D. 4, 2, 19 etc.); « tunc quoque accidere intellegitur »; « quantum ad... pertinet » 1, 171: cfr. 3, 14; 51 etc.

Il § 3 deriva da G. 1, 158 con poche varianti. L'inciso « nam adgnatio iuris est nomen » è verosimilmente una glossa già penetrata nel testo di Gaio.

Titolo XVI pr. - § 3 = GI. | §§ 4-5 = M. | § 6 = GR. — § 7 = GI.

Il pr. deriva da G. 1, 159; il § 1 dal § 160 ib. (con alterazioni dipendenti dal mutato diritto); il § 2 dal § 161 (con un'aggiunta); il § 3 dal § 162 (parzialmente modificato).

L'attribuzione dei §§ 4 e 5 a M. dipende da ragioni sostanziali e formali. La regola esposta nel § 5 fu messa in chiaro da un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla, che determinò la vera portata della « senatu remotio » (cfr. D. 1, 9, 3); prima non si sarebbe potuto scrivere « constat ». È quindi certo che il passo non può derivare che da un istituzionista posteriore a quella costituzione, il che ci riconduce a Marciano. Si avverta non essere improbabile che nel testo genuino egli, profondo conoscitore della legislazione di quei due principi, ne citasse l'autorità. La forma stringata e l'analogia delle locuzioni e costruzioni completano la prova: v. in ispecie, per il § 4, D. 1, 16, 2, 1. 48, 18, 5. 48, 22, 4. 29, 2, 52, 1. 22, 3, 21. 29, 7, 6 pr. 30, 113, 3. 32, 65, 1; 3; 4. 36, 3, 12. 30, 114, 1; 3. 36, 1, 31 (30) pr. 39, 6, 26. 42, 6, 7. 23, 3, 52. 34, 5, 16 (17) pr. 46, 1, 23 etc.

La costruzione del § 6 accenna con evidenza a Gaio: « Quod autem dictum est... hoc ita est... ». L'accenno si riferisce ad una dottrina, più sopra esposta (1, 15, 3) con parole di GI., ma che certo dovette pure essere esposta da GR. Anzi è escluso che il § 3 cit. venisse tolto da GR. (coincidendo nella forma con GI.). Da GR. viene il precedente § 2. Forse in luogo di « si in insulam deportatus quis sit » si leggeva: « si ei aqua et igni interdictum sit ».

Il § 7 deriva da G. 1, 164. Se le ultime parole [1] sieno opera dei compilatori o tolte da altra fonte, non è facile dire.

Titolo XVII Gl. + GR. ?

Il titolo è preso in gran parte da G. 1, 165. La chiusa deriva certo da buona fonte. A GR. fa pensare la locuzione « ideo diximus ... quia ». *Onus tutelae* non è frase ignota a G. (1, 172; cfr. 1, 168); ragione di dubbio offre invece l'espressione *successionis emolumentum*, che non si trova in G. Potrebbe essere stata sostituita dai compilatori a « commodum » o simile parola. Giustiniano contrappone *emolumentum* a *gravamen*.

Titolo XVIII Gl. *rest.*

G. 1, 166.

Titolo XIX GR. + comp.

Il titolo, non scevro di alterazioni e interpolazioni diverse, parmi ora che si debba attribuire a GR. La frase iniziale: « Est et alia tutela quae f. appellatur » probabilmente nel testo genuino era al plurale, come in Gl. (1, 166ᵃ Sunt et aliae tutelae quae fiduciariae vocantur): la mutazione del diritto rispetto al rito delle emancipazioni si rispecchia appunto in tale mutazione di linguaggio. Del resto per simili maniere di cominciare la trattazione cfr. G. 3, 82; 173. 4, 34. Quanto segue immediatamente si conferma di origine gaiana coll'indiretto confronto di G. 1, 175: v. « nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem et deinceps (impuberes) manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam »; cfr. Gl. cit.: « parentem, qui ex eo, quod ipse sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est »; cfr. pure 1, 166ᵃ *rest.* Di fronte a tali paralleli, è veramente ingiustificato il ricorrere a D. 26, 4, 3, 10. Le parole « quo defuncto, si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores [filiorum suorum vel] fratris vel sororis et ceterorum efficiun-

---

(1) Cfr. Huschke *ad h. l.*

tur » somigliano molto a quelle di Modestino 4 *differ.* D. 26, 4, 4 « quo defuncto, si liberi perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores patris vel sororis efficiuntur » (¹). Ma l' incontro è, secondo ogni verosimiglianza, casuale o pende da una fonte comune. Restano i due passi notevolmente diversi, e ad una derivazione dal Digesto non è da pensare. È verosimile che le parole « filiorum suorum » sieno interpolatizie, dovendosi ritenere che il padre fosse tutore legittimo dei propri figli quantunque emancipati dall' avo; appunto perchè, se l' emancipazione non avesse avuto luogo, questi sarebbero caduti in potestà di quello. Il passo di G. 1, 175 è veramente ambiguo, e potè esserlo quello delle GR., su cui s' incrostarono quei glossemi che poi passarono nel testo.

Il resto del passo ha nella forma vari indizii gaiani. *Atqui* nel senso di contrapposizione: cfr. 3, 147; *quoniam* dopo una simile contrapposizione per confermarla: 2, 83; *utique... futurus esset:* cfr. 1, 78 « utique .... futurum erat » (cfr. poi 2, 7; 76; 226. 3, 96; 109; 122; 153; 161; 187. 4, 68; 179). Le parole « ideoque nec in tutelam » sono un glossema fallace. Non è poi inverosimile che sia genuina e penda da GR. anche la frase: « ita tamen ii ad tutelam (fiduciariam) vocantur, si perfectae aetatis sint ». La frase poteva dunque essere genuina in Modestino, l. c. E per vero Gaio usa « perfectae aetatis » a significare la pubertà (1, 144; 189); che egli a questa pensasse, si può rilevare *a contrario* dall' altro suo passo 1, 179: « sane patroni filius, *etiamsi impubes sit*, libertae efficitur tutor »; donde si può arguire che solo nella tutela legittima questo venisse tollerato. E ciò si può arguire anche dal modo, con cui si esprimono i compilatori in I. 1, 25, 13. È poi da avvertire che Giustiniano, nella costituzione citata dai compilatori nelle ultime parole, usa « perfectae aetatis » in senso diverso (C. 5, 30, 5).

L' attribuzione del titolo alle *Differentiae* di Modestino, ten-

---

(¹) La frase di Inst. " filiorum suorum vel „ è proprio stata interpolata dove contraddice alla dimostrazione che sussegue, evidentemente per l'ambiguità che il testo presentava nella sua prima parte. *Perfectae aetatis* è molto probabilmente genuino nei Digesti. E poichè " tutores effici „ è frase tecnica, non rimane di comune che l' ablativo " quo defuncto „.

tata molto ingegnosamente dall'Appleton [1] non ha quindi fondamento sicuro; l'esame poi del materiale linguistico è contrario a tale ipotesi: *quoniam* non si trova in Modestino [2] e parimenti *utique;* a lui sono straniere pure le dizioni sul tipo « ita tamen, si... » etc.

TITOLO XX pr. - § 2 = GI. | §§ 3-4 = M. | § 5 = comp. | § 6 = GI. | § 7 = GI.

Il brano pr. — § 2 deriva da GI. 1, 185-187. I §§ 3 e 4 continuo ad attribuire a M. soprattutto per motivi cronologici. L'autore di essi scriveva in un tempo, in cui era già tramontata la « creatio ex inquisitione » del pretore, la cui concessione risale ai tempi dei *divi fratres* [3], e si era pur a questa materia estesa la sempre crescente giurisdizione del *praefectus urbi.* Un passo perfettamente parallelo di Marciano è D. 40, 1, 5 pr.: « Romae quidem apud praefectum urbi(s), in provinciis vero apud praesides » [4]. Sulla locuzione « supra scriptis legibus » cfr., ad es., Kalb, *Roms Iuristen,* p. 7.

L'origine del § 6 è da G. 1, 189; del § 7 da G. 1, 191; in entrambi si riscontrano varie modificazioni.

TITOLO XXI GR.

Attribuisco ancora a GR. l'intero titolo e per ragioni di forma e pei numerosi incontri parziali con diverse opere gaiane. Pr. « in quibusdam... in quibusdam » (1, 48. 2, 12; 65; 146. 4, 10; 44 etc.); « ut ecce » [5]; « quod si » (1, 35; 129. 2, 26 etc.: frequentissimo); « placuit » (1, 89; 101; 115b. 3, 197.

---

(1) Op. cit., p. 113 sgg.

(2) In D. 28, 5, 62 (61) " quoniam „ appartiene al testamento, su cui il responso è invocato. In D. 27, 8, 9 " quoniam „ è preso dal rescritto e dalla petizione relativa.

(3) *Corp. inscr. lat.*, V, 1874; cfr. *vita Marci,* 10.

(4) L'esposizione di U. nelle Istituzioni non eccedeva verosimilmente i limiti tradizionali da lui conservati nel *liber regularum* 11, 18. Il riferirsi alla giurisdizione dei magistrati in Roma per confrontare quella corrispondente dei magistrati nelle provincie è, come si è visto nell'introduzione, conforme all'uso di Marciano, che seguiva i *mandata* (cfr. D. 37, 14, 7, 1).

(5) Cfr. KALB, *Roms Iuristen,* p. 85.

D. 44, 7, 5 pr., etc.). La frase « meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate » si può confrontare con G. 2, 83: « meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est ». L'altra « si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas, quod si aliis pupilli promittant, necessaria est » si confronta con G. 3, 107: « sicubi tutoris auctoritas necessaria est, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium etc.... ».

I §§ 1-2 presentano somiglianze con G. Epr., D. 26, 8, 9, 3-5. Soprattutto però fra il § 1 da una parte e i §§ 3-4 dall' altra corrono tali differenze da dimostrare che questi non furono la fonte diretta di quello. Nel § 2 è inserito l'emblema o glossema « si hoc pupillo prodesse existimaverit ».

Il § 3 può derivare da G. 1, 184 (con molte alterazioni) o da analogo passo di GR.

TITOLO XXII pr. = GI. + comp. | §§ 1-2 = Dig. | §§ 3-6 = GR.

Il pr. si rannoda a GI. 1, 196, con molte aggiunte dei compilatori. Il § 1 risponde al D. 26, 1, 14 pr.-2 (Ulp. *ad Sab.*), di cui offre una riproduzione abbreviata; il § 2 è quasi la letterale riproduzione del § 5 ibid. Per i §§ 3-6 mantengo l' ipotesi della derivazione da GR.

§ 3 *simili modo:* cfr. G. E. Pr. D. 4, 6, 25. G. 2, 176 (simili ratione); 1, 120 (eo modo...); 2, 145 (alio... modo...).

§ 6 *ob id quod*: cfr. G. 1, 6; 80; 86; 91; 118. 2, 19; 35; 103; 229; 254; 258; 286[a]. 3, 85; 207; 208. 4, 29; 44; 68; 107; 170; *secundum ea quae inferius proponemus:* cfr. 1, 1. 3, 34; 81: v. inoltre per *inferius* in questo senso 1, 115; 118[a]. 2, 197. 3, 183.

I paragrafi intermedii sono strettamente collegati.

TITOLO XXIII pr. = U. | § 1 = U.? | § 2 = M.? | § 3 = U. + M. | § 4 = U.? | § 5 = U. | § 6 = P.?

Il principio è verosimilmente tratto dalle Istituzioni di Ulpiano; cfr. l'analoga esposizione nelle *Regulae* 12, 4. Il § 1 potrebbe derivare anche da M.; però tale derivazione non è probabile, poichè, se M. avesse premesso tale osservazione generale, non avrebbe poi ripetuto in particolare quello che si

trova al § 3 e che a lui va attribuito. Il § 2, invece, non senza buon fondamento, può attribuirsi a M.: l'esposizione, infatti, se appartenesse ad U., avrebbe dovuto congiungersi direttamente col pr.; inoltre la frase « curator enim et ad certam causam dari potest » richiama l'altra del titolo 14, 4 (M.) « tutor... *non causae*... datur ». Anche l'*item* iniziale è indizio, sebbene non univoco, di tale origine. Il § 3 nella sua prima parte deriva probabilmente da U.: cfr. l'analoga esposizione in *Reg.* 12, 2; si potrebbe, del resto, pensare anche a GI. (lacuna fra 1, 196 e 197). La seconda parte deriva da M.; cfr. le osservazioni fatte sopra al titolo 20, 4. Il § 4 ho attribuito con qualche esitanza alle Istituzioni di Ulpiano; cfr. per analogia di esposizione Ulpiano in D. 26, 5, 12 (ib., 8, 3). Anche il § 5 va attribuito a lui; caratteristica è la dizione: « ut puta » [1]. La frase « habenti tutorem tutor dari non potest », per cui io avevo altrove notato analoghe dizioni in Marciano (D. 27, 1, 21, 4; cfr. D. 26, 5, 10), non ha gran peso, trattandosi di una paremia comune (cfr. ad es. Modestino, D. 26, 5, 20, 1).

L'attribuzione del § 6 alle Istituzioni di Paolo è incerta: però il suggerimento della costituzione di un « actor » in questi casi sembra risalire a lui, cfr. D. 26, 7, 24 pr.

TITOLO XXIV pr. = GI. | §§ 1-4 = M.

Cfr. il pr. con G. 1, 199; 200. I §§ 1-4 formano un brano tolto evidentemente da una sola e medesima fonte. Ecco le principali osservazioni. Nel § 1 si avverta che i compilatori hanno interpolato « vel adulescentis » e « vel concuratori »; la prova più evidente risulta da ciò che essi hanno omesso più avanti di interpolare, in modo che vi si legge « ut contutor... praeponatur », con evidente incongruenza. E la stessa incongruenza troviamo in seguito: « petere satis a contutore vel *concuratore suo*, sed offerre debet, ut electionem det contutori suo ». Ciò premesso, si avverta che il testo non può essere anteriore all'*oratio divorum fratrum* (D. 26, 2, 19, 1), giacchè si parificano i tutori dati *ex testamento* a quelli dati

(1) LEIPOLD, *Sprache des Papinian*, p. 41.

ex inquisitione: non può quindi essere parola di G. L'esposizione potrebbe essere tanto di U. quanto di M.; ma la seconda ipotesi è preferibile per il nesso coi paragrafi successivi.

Il § 2 è parimenti interpolato: « vel curatores » e corrispondentemente « et adultis ceterisque personis » sono aggiunte dei compilatori. Le parole « quae ultimum eis praesidium possit adferre » non sono aliene dallo stile talora un po' enfatico di M. (1). Al quale accenna anche la menzione delle « constitutiones imperiales ». Per la frase « tam ex prud. responsis, quam ex const.bus imp.bus » cfr. M. D. 35, 1, 33 pr. « iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est ». La stessa origine ha indubbiamente il § 3, che ripiglia: « quibus constitutionibus et illud exprimitur .... »; per la dizione cfr. D. 36, 1, 30: « alia.... in constitutione expressa sunt »; D. 30, 114, 14: « rescripserunt... nec causam exprimunt ». Quali sieno le citate costituzioni non sappiamo con sicurezza. Di Antonino Pio ci consta esistesse un rescritto concedente l'azione « in heredem magistratus » (D. 27, 8, 6). Ma l'autore di questo brano conosce evidentemente altre costituzioni posteriori, come risulta dal suo modo di esprimersi, le quali non erano ancora apparse quando Ulpiano scriveva il suo primo libro *ad edictum* (D. ibid.), vale a dire sotto Severo ed Antonino. Cfr. del resto la costituzione di Alessandro Severo in C. 5, 43, 3. Da tali considerazioni veniamo ricondotti necessariamente a Marciano. Al quale ben devesi attribuire pure il § 6: v. anche sopra, ad XX, 4 e ad XXIII, 3.

TITOLO XXV = M.

L'attribuzione del titolo intero a M., confortata dal diretto confronto di alcuni passi (§ 4 = D. 27, 1, 21 pr.; § 16 in. = ib., 21, 1), si appoggia su molti argomenti.

Il pr. presuppone l'ordinamento dato alla *excusatio propter numerum liberorum* da Settimio Severo e Antonino suo figlio (Vat. fr., 191 e 247): non potrebbe quindi pensarsi che a U. o M.; ma la stessa ampiezza della esposizione fa propendere per la seconda alternativa. Si aggiunga che U. nella sua appo-

(1) Cfr., ad es., D. 1, 1, 8. 1, 5, 5, 2. 40, 11, 2. 48, 18, 5. 36, 3, 12. 48, 9, 5, etc.

sita trattazione della materia non comincia da questa scusa; questa invece viene qui messa a capo di tutte per la sua frequente applicazione (« plerumque »). L'esposizione corrisponde ai caratteri di Marciano; anche la chiusa alquanto enfatica (hi enim qui pro republica ceciderunt in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur) non è aliena da lui [1].

Il § 1 contiene una citazione del « divus Marcus in semestribus ». Il paragrafo si può attribuire a M. pel nesso evidente con quanto segue e precede; anche l'*item* iniziale corrobora la tesi.

Il § 2 si deve ricondurre a M. Cfr. la citazione « ut Papinianus responsorum libro quinto scripsit ». Anche qui troviamo l'*item* iniziale.

Il § 3 ha « ut divus Marcus rescripsit ».

Il § 4 (interpolate le parole *vel adulto* e indi *vel curator*) si cfr. con M. D. 27, 1, 21 pr. L'*item* iniziale è genuino.

Il § 5 non presenta segni particolari; non manca l'*item* iniziale. La fine è alquanto turbata. Si emendi: « ut tamen plurium pupillorum, veluti fratrum, tutela vel cura eorumdem bonorum pro una computetur »; cfr. Vat. fr. 231. Per la cronologia si avverta che il punto fu definitivamente fissato da Severo e Antonino: D. 27, 1, 2, 9.

Il § 6 non ha segni caratteristici « tam divi fratres quam per se divus Marcus rescripsit ». U. si limita a citare il rescritto dei *divi fratres* nel fr. Vat. 240.

Il § 7 comincia coll'*item*; il passo riproduce il contenuto di un rescritto di Severo e Antonino (D. 27, 1, 10, 8), la cui menzione fu certo radiata dai compilatori. Che il testo sia stato alquanto alterato, appare a prima lettura; grave è soprattutto la mancanza del soggetto.

Il § 8 contiene la menzione di un rescritto del « divus Pius »; il testo qui pure è stato alquanto modificato; il contenuto del rescritto dovette corrispondere a quanto si legge in D. 27, 1, 6, 19.

Il § 9 presenta l'*item* iniziale e la caratteristica locuzione « per contrarium », che accenna a M. o U. Nel caso nostro è

---

[1] Si noti che Ulpiano (nel fr. Vat. 199) dava un altro motivo: " ne publica strages patri noceat ". Ulp. D. 27, 1, 18 è interpolato.

da ritenere senz' altro che il passo appartenga a M., non essendo possibile che questa enumerazione casistica si contenesse nelle Istituzioni ulpianee. Il punto è stato fissato da Settimio Severo: D. 27, 1, 6, 17.

Il § 10 contiene la menzione di un rescritto dei *divi fratres*.

Il § 11 è interpolato nelle parole « vel adultorum »; la prova manifesta si ha in ciò, che in seguito non si parla che di tutela (l'aggiunta « vel cura » del manoscritto torinese, contraddetta dall' indice greco, è appunto una tarda correzione diretta ad eliminare l' incongruenza).

Il § 12 comincia coll'*item*; il punto è stato messo in chiaro da una costituzione dei *divi fratres*: D. 27, 1, 6, 18.

Il § 13 comincia pure coll' *item* ed è genuino nella sua prima parte; nel resto è confessata fattura dei compilatori. Questa è una delle ragioni di scusa più anticamente determinate.

Il § 14 in parte forse è modificato.

Il § 15 comincia pure coll' *item*; si tratta di un punto di diritto fissato (per quanto concerne l' *exercere in patria* e *Romae*) da Settimio Severo e Antonino: D. 27, 1, 6, 9; 6, 11.

Il § 16 si comprova essere di M. per più argomenti. Il principio devesi attribuire a lui per diretto confronto: D. 27, 1, 21, 1. Anche il rimanente conviene a lui egregiamente; la citazione di Scevola in ispecie.

Il § 17 è probabilmente un sunto del più completo testo marcianeo conservato in D. 27, 1, 21, 2: « Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur » cfr. D. ib.: « licet datus tutor ad universum patrimonium datus est ... ».

Nel § 18 l' attribuzione non può essere dubbia: « divi Severus et Antoninus rescripserunt »; così dicasi del § 19: « idem rescripserunt ». Per la locuzione « in tantum, ut » cfr. M. D. 1, 8, 6 pr., etc.

Il § 20 non ha segni caratteristici; ma nulla si oppone all' attribuzione sua alla medesima fonte, che per sè è abbastanza verosimile: il punto pare non fosse stabilito che ai tempi di Severo e Antonino (D. 23, 2, 60 pr.), e ribadito da Alessandro e Filippo (C. 5, 63, 1-2).

TITOLO XXVI pr. - § 3 = D. | §§ 4-9 = M. | § 10 = M. + comp.? | §§ 11-13 = D.

Il brano pr. — § 3 è certamente preso dai Digesti (26, 10, 1, 2-7; del § 4 nelle I. è solo accennato il contenuto). Notevole è però che, mentre il testo dei Digesti (§ 2) ha: « et mulieres admittuntur », le I. aggiungono « ex rescripto divorum Severi et Antonini »: tale menzione fu probabilmente desunta dalle istituzioni di Marciano.

A questa fonte va ricondotto il § 4 (v. la diversa esposizione di U. *ad ed.* nel § 7 cit.): « et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt ». La stessa origine si può indicare pei cinque paragrafi seguenti: § 5: « ... ut et Iulianus quoque scripsit... idem Iulianus scripsit et secundum eum constitutum est »; § 7: « ut Papiniano visum est »; § 9: « cavetur epistula divorum Severi et Antonini ». Se si confronta il § 9 con D. 26, 10, 7, 2 (Ulp. *de omn. trib.*), appare chiara la differenza: gli incontri e specialmente la frase « copiam non facere... ne alimenta decernantur » derivano in ambo i passi dal testo della *epistula* [1]. La prima parte del § 10 si distacca dalla esposizione di D. 26, 10, 3, 15 (Ulp. *ad ed.*): è ovvio attribuire l'origine a Marciano; v. anche la locuzione « si *hoc* per mendacium dicat » (v. sopra ad tit. XIV). La chiusa « qui data pecunia ministerium tutelae redemit » mi pare una infelice abbreviazione dei compilatori. Essi avevano davanti un testo analogo a quello ulpianeo cit. « qui tutelam corruptis ministeriis praetoris redemerunt » (frase derivante probabilmente da qualche rescritto) e dalla loro cattiva elaborazione venne fuori il « ministerium tutelae ».

I §§ 11-13 sono presi dal D. 26, 10, 2; 6; 8 (Ulp. *trib.* + Call. *cogn.* + Ulp. *ed.*). Forse le prime parole del § 12 sono desunte da M.

---

(1) Come sia frequente questo caso, è noto agli studiosi delle fonti. La frase del rescritto *divorum fratrum*, per cui la povertà scusa dalla tutela, " si quis imparem se oneri iniuncto possit docere ", ritorna in Paolo, *ad munic.* Vat. fr. 243; *Sentent.* D. 27, 1, 40, 1; in Ulpiano, *de off. p. tut.*, Vat. fr. 240: *excus.*, D. 27, 1, 7.

LIBRO SECONDO

TITOLO I pr. = GI. + M. | §§ 1-2 = M. cfr. | § 3 = M. | §§ 4-5 = GR. cfr. | § 6 = M. cfr. | §§ 7-8 = M. | § 9 = M. cfr. § 10 = GR. | § 11 = GR. cfr. | §§ 12-17 = GR. cfr. | §§ 18-20 = F. cfr. | §§ 20-24 = GR. cfr. | § 25 = GR. cfr. + Paul. ? | § 26 = GR. | § 27 = GR. cfr. | § 28 = GR. | §§ 29-31 = GR. cfr. | §§ 32-33 = GR. cfr. | § 34 = GR. + GI. + comp. | §§ 35-36 = GR. | § 37 = GR. cfr. | §§ 38-39 = GR. | § 40 = GR. cfr. + comp. | § 41 = GR. | §§ 42-46 = GR. cfr. | § 47 = GR. | § 48 = GR. cfr.

Il pr. deriva da G. 2, 1 e nella seconda parte da M. (D. 1, 8, 2). Il confronto diretto fa attribuire a M. anche i paragrafi 1 e 2 (D. ib., 2; 4).

Il § 3 si dimostra della stessa origine, sia per la connessione, sia per la forma. Nel testo genuino esso era probabilmente collocato subito dopo la menzione dei *litora maris*. Interpolate nel pr. sono le parole « quaedam publica » [1]; varie alterazioni, in diverso modo ma colla stessa tendenza, furono introdotte nel testo di M. nelle Istituzioni e nei Digesti [2].

I §§ 4 e 5 si dimostrano tolti da GR. col diretto confronto (D. 1, 8, 5); anzi, il testo delle Istituzioni è meglio conservato, tenendovisi distinti i *litora maris* e le *ripae fluminis* ed evitandosi il goffo risultato di far ritirare sulle rive dei fiumi le reti estratte dal mare. È chiaro poi come male si intersechino nel testo delle Istituzioni i frammenti di M. e quelli di GR., che non pone una speciale categoria di *res communes*, ma di queste fa una classe delle « res publicae »: cfr. pure GI. 2, 11.

Il § 6 è preso da M. (cfr. D. 1, 8, 6, 1), da cui deriva pure il § 7; il relativo testo abbreviato compare in D. 1, 8, 6, 2. Che la più ampia esposizione delle Istituzioni sia genuina, risulta pure dall' ordine della trattazione: dopo la generale classificazione nel fr. 2 cit., vengono le singole categorie: « communia sunt... universitatis sunt... nullius sunt ».

---

(1) Cfr. le mie *Fonti*, p. 42; 172.

(2) Cfr. PERNICE, *Res comm.*, p. 5 sgg.

Il § 8 (tolta la manifesta interpolazione mediana) proviene dalla medesima fonte: è il testo che con altre modificazioni si trova nel fr. 6 § 3 cit. Mediante la comparazione si può con molta probabilità ricostruire il genuino testo di M.: « sacrae autem res sunt hae, quae publice per pontifices diis (superis) consecratae sunt, veluti aedes sacrae. si quis vero auctoritate sua privatim quasi sacrum sibi constituerit, id sacrum non est, sed profanum. semel autem aede sacra facta, etiam diruto aedificio, locus sacer manet: *ut et Papinianus scripsit* ».

Pel § 9 cfr. D. 1, 8, 6, 4. Il testo delle I. è più completo: i D. omettono la frase richiesta dalla stessa euritmia del passo « in communem autem locum purum invito socio inferre non licet », nonchè l'altra notizia: « item si alienus ususfructus est, proprietarium placet nisi consentiente usufructuario locum religiosum non facere », donde riceve maggior luce quanto segue. Le I. tralasciano invece la parte relativa al cenotafio (D. 1, 8, 6, 5).

La prima parte del § 10 si potrebbe stimare derivata da GI. 2, 8; 9: siccome tuttavia il seguito per molti indizi si rivela preso da GR., è ovvio attribuire alla fonte stessa il paragrafo intero. La seconda parte non può infatti essere di M., per cui la voce « sanctum » ha diversa etimologia (D. 1, 8, 8, 1); inoltre è affatto gaiano l'uso di *dicimus* al plurale e la spiegazione di altri vocaboli mercè la comune etimologia. Per la frase « ideo... muros sanctos dicimus, quia... » cfr. G. 1, 121: « unde... mancipatio dicitur, quia... »; 3, 90 « mutuum appellatum est, quia... »; D. 50, 16, 238, 2 « pignus appellatum... quia ». Cfr. D. 50, 16, 233 pr.; 24, 2, 2 pr. « divortium... dictum est... quia in diversas partes eunt... » etc.

Il § 11 proviene da GR., come prova per la quasi totalità il confronto: nella prima parte il testo dei Digesti (D. 41, 1, 1 pr.) è meglio conservato (« iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines paraeque servatur », « iure civili, i. e. iure proprio civitatis nostrae »: cfr. G. 1, 1). Invece la seconda parte è assai meglio conservata nelle I.: « commodius est [1]

[1] G. 1, 134 " commodius est patri remancipare ": 2, 146 " commodius erat... distingui ": 4, 31 " commodius ius... est ".

itaque a vetustiore (1) iure incipere: palam est (2) autem vetustius esse *ius gentium* (3): civile enim ius tunc (esse) coep*it,* cum et civitates condi et magistratus creari (4) et leges scribi coeperunt ». I D. hanno la frase veramente infelice « *opus est* ut... *referendum sit* ». Inoltre essi hanno radiato quanto si riferiva alle origini del *ius civile*, sembrando forse loro che meglio ciò si attagliasse alle origini del *ius gentium* (D. 1, 1, 5); mentre il rapporto fra la genesi del « ius civile » e le « civitates conditae » è pienamente nello spirito della dottrina gaiana.

I §§ 12–17 si determinano per diretto confronto: D. 41, 1, 1; 3; 5; 7.

Nel § 12 « capiuntur » (D.) è naturalmente da preferirsi al « nascuntur » (I.): nel resto le lezioni migliori si alternano nei due testi. Soprattutto è da notare che è genuino il pronome di prima persona plurale usato nei Digesti, sostituito nelle I. dalla seconda persona singolare.

Il § 13 corrisponde al D. 41, 1, 5, 1, che offre una migliore e più completa redazione: lo stesso dicasi del D. 41, 1, 5, 2–4 di fronte al § 14.

Il § 15 risponde al D. 41, 1, 5, 5; il § 16 al D. 41, 1, 5, 6. Fino alle parole « ... esse intelleguntur » è preferibile la lezione delle I.; mentre la fine è meglio riprodotta nei D. Cfr. la locuzione tipica gaiana « qua de causa » e la giusta espressione « lucrandi animo adprehenderit » in confronto di quella inesatta delle I. « lucr^i^. a^o^. ea animalia *retinet* ».

Il § 17 corrisponde al D. 41, 1, 5, 7; 7 pr.; ma offre nel complesso una lezione preferibile.

L'origine dei §§ 18 e 19 da F. è comprovata dal confronto (D. 1, 8, 3. 41, 1, 6). Il testo dei D. è preferibile; in esso è anche conservato il pronome alla prima persona plurale.

Pei §§ 20–24 (GR.) cfr. D. 41, 1, 7, 1–6. In genere le Inst. presentano alterati nelle persone i pronomi e i corrispondenti

---

(1) G. 3, 141 " eamque speciem emptionis... vetustissimam esse ": D. 1, 2, 1 " legum vetustarum interpretationem ".

(2) G. 2, 78; 122 (non summoveri palam est). 3, 18 (palam est intellegere); 105. 4, 55; 181.

(3) I.: " naturale ius ", ma v. D., che hanno una lezione più confacente al sistema gaiano.

(4) " magistrum creari " G. 3, 79.

verbi e aggettivi. Nel § 20 troviamo aggiunta una definizione dell' alluvione, di incerta origine. Forse potrebbe pensarsi alle Istituzioni di Ulpiano, cfr. D. 7, 1, 9, 4 (... ubi latitet incrementum...). La chiusa del § 22 è meglio conservata nei D., la cui più ampia redazione risponde pienamente all' uso gaiano. Le I. omettono sulla fine del § 23 le considerazioni (D. 41, 1, 7, 5) circa la sorte del nuovo alveo, che rimanga a sua volta definitivamente a secco; tale omissione si comprende perfettamente dal momento che i compilatori hanno dovuto aggiungere nel D. le parole: « sed vix est, ut id optineat ». Pel § 24 cfr. ib., 7, 6.

Il § 25 presenta tali analogie col D. ib., 7, 7, da non potersi negare la sua origine da GR., almeno nella prima parte. Il testo genuino dovette a un dipresso presentare questa forma: « Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, quaeritur (quaeri solet) quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit. Nerva et Proculus... nulla species effici possit (come in D.): ut ecce si quis ecc. ».

Il brano seguente (tolte le parole « post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates », che sono di fabbrica compilatoria) è di buona origine. Non può attribuirsi a GR., come appare e dal confronto di GI. e dal fatto che quanto segue in GR. « videntur tamen mihi recte quidam dixisse etc. », e che si riannoda direttamente all' esempio del grano e della spica recata prima della « media sententia recte existimantium », dimostra che il brano intermedio in D. è interpolato. L' esposizione delle I. è molto preferibile a quella dei D.: non sarebbe assurdo pensare che i compilatori l'avessero attinta dalle Istituzioni di Paolo, seguace o creatore della « media sententia », forse contemperandola con esempi dedotti dalla precedente esposizione gaiana. Un indizio dell' origine pauliana potrebbe ricavarsi dal solecismo *praestavit* (1).

Il § 26 si può attribuire a GR.: la fine s' incontra con GI. 2, 79: ma non dobbiamo pensare che sia presa da questa fonte, ove tale osservazione si trova in tutt' altro contesto. È uno dei soliti incontri delle varie opere gaiane.

---

(1) V. le osservazioni sulla lingua di Paolo in KALB, *Roms Jur.*, p. 137.

Il § 27 si determina col cfr. di D. 41, 1, 7, 8-9: il principio è meglio conservato nelle I., mentre invece appaiono quale glossema le parole di queste « nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur ».

A GR. va per la connessione e pei criteri formali attribuito il § 28: si devono presupporre i seguenti mutamenti: frumentum *Titii* tuo frumento mixtum = fr. *meum* t. fr. m.; ex voluntate *vestra* = ex v. *nostra*; e così via.

Pei §§ 29-31 cfr. GR. D. 41, 1, 7, 10. 12. 13. Il § 29 offre generalmente una migliore lezione che non il passo corrispondente dei Digesti. Genuina è l'aggiunta: « quod ideo *provisum est* (*scil.* lege XII tab.), ne aedificia rescindi necesse sit »: cfr. le note a I. 1, 6, 4.

Il § 30, corrispondente al § 12 ibid., ha nei due testi lezioni alquanto divergenti: quella delle Istituzioni riproduce meglio il testo originario nel principio, mentre nel rimanente è preferibile quella dei Digesti. Rispetto al § 31 (= § 13) è da notare che probabilmente Gaio faceva entrambe le ipotesi offerte nei due testi, che sono diversi: generalmente la lezione dei Digesti è meno alterata.

Il § 32 corrisponde a D. 41, 1, 9 pr. La frase aggiunta nelle I., « secundum ea quae diximus », è verosimilmente genuina (cfr. ad es. G. 1, 75): il fr. 9, 1 offre invece nel complesso una redazione meglio conservata che il § 33 (cfr. anche 2, 77).

Per la prima parte del § 34 cfr. fr. 9, 2 cit., che nel complesso è preferibile (cfr 2, 78): indi segue la parte dovuta ai compilatori. La chiusa sembra derivare da G. 2, 78, colle ordinarie modificazioni.

Il gruppo dei §§ 35-38 non si può scindere; e questo fatto già basterebbe per l'attribuzione a GR., giacchè pel § 37 abbiamo materia di diretto confronto (D. 22, 1, 28). L'ordine della trattazione è questo: *a)* acquisto dei frutti del fondo da parte del possessore di b. f.; *b)* idem da parte dell'usufruttuario; *c)* acquisto dei frutti degli animali da parte di entrambi; *d)* acquisto dei frutti del gregge e dovere della *submissio.*

Criteri normali non mancano.

Nel § 35 accennano a Gaio: « *aeque* b. f. acceperit » (cfr. G. 1, 68; 128. 2, 143; 144; 193; 238. 3, 41; 98 etc.); « *naturali ratione* placuit »; « non idem *concessum est* » (cfr. G. 1, 31; 45;

74. 2, 52; 83 etc.). Sono totalmente interpolatizie le frasi: « et ideo si postea dominus *supervenerit* (locuzione ignota a G.) et fundum *vindicet, de fructibus ab eo consumptis* agere non potest » e correlativamente l'altra: « itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere ».

Il § 36 è scritto in ottimo latino e, pur non presentando segni univoci, risponde all'uso di Gaio (non aliter... quam).

Il § 37 (= fr. 28 cit.) presenta nei due testi lezioni alquanto divergenti. Ma il testo genuino non è difficile a ricostruire: « statim (¹) naturali iure (cfr. G. 2, 73) sunt (²) bonae fidei possessoris et fructuarii ».

Probabilmente appartiene ai compilatori la chiusa del § 38: « recte enim colere debet et quasi bonus paterfamilias uti debet ».

I criteri formali fanno attribuire a GR. anche il § 39, salvo probabilmente qualche alterazione verso la fine. « Divus H. *naturalem aequitatem* secutus »: cfr. G. Epr. D. 38, 8, 2: « proconsul *naturali aequitate* motus » (per altre simili espressioni v. G. 1, 84; 85. 3, 73); « ei *concessit,* qui invenerit » (G. 1, 57); « et convenienter » (G. 1, 81. 2, 87. 3, 37. 4, 166[a]); « cui conveniens est » (1, 189. 3, 8 etc.). *Fortuito* è probabilmente parola derivata dal testo del rescritto: essa non s'incontra in Gaio.

Il § 40 (= D. 41, 1, 9, 3) è alquanto alterato sul principio, per cui è preferibile la redazione dei Digesti; interpolatizia è poi tutta la parte che va dalle parole « et ideo » fino alle altre « differentia est ». Essa non si trova nel D.: quale dovesse essere il contenuto del testo genuino, appare da G. 2, 20; 21.

Anche il § 41 va ascritto a GR., sia per la connessione col § 40, sia pei criteri formali: « sine dubio » (2, 94; 4, 74): « non aliter... quam »: « satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato » (D. 18, 1, 53 G. Epr. « satisfactum sit, veluti expromissore aut pignore dato »).

Il gruppo dei §§ 42-46 si determina col confronto di D. 41, 1, 9, 4-7. Le varianti non sono molte, nè di grave momento. Circa il § 47 è da notare che i compilatori hanno abbre-

---

(¹) FERRINI, *Pand.*, p. 371.

(²) fiunt?

viato il testo genuino ed hanno sostituito la frase « *verius videtur* ecc. ». A Gaio accennano « qua ratione »: « ea mente abiecerit, ut... » (3, 187 « ea mente data tibi fuerit, ut... »). L'origine gaiana è poi comprovata dalla connessione col § 48 (= D. cit., 9, 8). In questo la locuzione delle I. « quia palam est eas non eo animo eici » è preferibile alla corrispondente del D., meglio riproducendo l'uso gaiano. La fine: « nec longe... cadunt » è forse glossema accolto nel testo dai compilatori o loro fattura: « discedere » in questo senso non trovo in Gaio.

TITOLO II = GI.

Cfr. 2, 12-14 con poche mutazioni.

TITOLO III pr. = U. cfr. | § 1 = U. *partim* cfr. | §§ 2-3 = U. cfr. | § 4 = GR. *partim* cfr.

La derivazione della maggior parte di questo titolo dalle Istituzioni di Ulpiano è provata col diretto confronto: D. 8, 3, 1 pr. 8, 4, 1 pr. - 1: le Istituzioni danno un testo più completo e giustamente non si dubita che derivi dalla stessa fonte anche la parte del § 1, che non può essere determinata mediante il diretto confronto [1].

Il § 4 nella sua seconda parte si determina col cfr. di GR. D. 8, 4, 16. Ma anche la prima parte non ha origine diversa: v. G. 2, 31 e D. 7, 1, 3 pr.

TITOLO IV pr. = Dig. | § 1 = GR. *partim* cfr. | § 2 = GR. *partim* cfr. | § 3 = GR. + comp. | § 4 = GR.

Il pr. è stato messo insieme con D. 7, 1, 1 e 2.

Circa il § 1, non mi pare dubbia la sua origine da GR. anche nella prima parte: per la seconda cfr. D. 7, 1, 3. Devesi notare che le Istituzioni ci hanno conservato la parte che trattava della costituzione dell'usufrutto mediante legato *per vindicationem*; le Pandette la parte relativa al legato *per damnationem*. Cfr. la parte conservata nelle Istituzioni col D. 7, 1, 6 (G. Epr.). Così si comprende perchè nei D. si legga: *Om-*

---

[1] Circa l'ordine dell'esposizione nell'opera originale cfr. KRUEGER, *Kritische Versuche*, p. 159 sg., 168 sg.

nium praediorum (e cioè non solo di quelli appartenenti al testatore) iure legati potest constitui usufructus (* per damnationem usufr. constitui potest), ut heres iubeatur (* damnetur) alicui dare usumfructum. dare autem intellegitur si (*in iure cesserit* vel *sim.*: quanto segue si riferisce forse al legato *sinendi modo*). Invece nelle I. si parla evidentemente della diretta costituzione mercè il legato. Indizi formali per la prima parte non mancano: « ut ecce », « plurimis modis ».

Anche il § 2 si dimostra facilmente derivato da GR. La prima sua parte si presta al diretto confronto (cfr. D. 7, 1, 3, 1); il resto non ne è che la naturale continuazione. Cfr., del resto, « exceptis his, quae... » (G. 1, 115[a]; 140; 145. 2, 17; 114; 225. 3, 83; 167. 4, 25; 53; 57; 112); « neque naturali ratione, neque civili »; « quo numero sunt » (1, 12; 15; 25-26; 67-68; 79; 120 [quo in numero habentur]; 128. 2, 14; 16; 17; 107; 140; 161. 3, 10; 74; 79; 124; 202 [in quo numero est]; 210; 217); « quodammodo extinguitur » (1, 140. 2, 8; 157; 180. 3, 56; 100; 133). Anche l'espressione « utilitatis causa », se è frequente in altri giuristi, non è aliena da Gaio, cfr. 3, 160 etc. L'ultima parte poi si riconferma essere di origine gaiana pei confronti coi D. 7, 5, 2 e 7 (G Epr.).

Il § 3 in parte è fattura evidente dei compilatori; in parte presenta alterato il testo di GR. Almeno questa sembra la meno inverosimile ipotesi; cfr. circa il contenuto genuino del testo originario GI. 2, 30, che in parte s'incontra nelle espressioni.

Il § 4 è la naturale continuazione del precedente: gaiana è la frase « revertitur *scilicet* ad proprietatem », nonchè l'altra « incipit . . . habere ».

TITOLO V pr. = GR. cfr. | § 1 = GR. *partim* cfr. | § 2 = GR. + U. ? | § 3 = GR. | § 4 = GR. | § 5 = U. ? + comp. | § 6 = GR.

Per il pr. cfr. D. 7, 1, 3, 3: la lezione delle Istituzioni è migliore. La seconda parte del § 1 è presa da GR., come mostra il confronto col D. 7, 8, 11. Lo stesso deve pur dirsi della prima parte, che in essa è evidentemente presupposta. I criteri formali concorrono: « minus . . . . *scilicet* iuris » (cfr., ad es., 3, 166): « habere intellegitur »; « ulterius quam » (2, 255. 4, 129 etc.). La fine: « cum is qui usumfructum habet potest haec omnia facere » è aggiunta dai compilatori. Il § 2 si deve nella

seconda parte attribuire ad U.: la dizione « nec non » è caratteristica sua ([1]). Invece ad altro autore spetta la prima parte; ciò si dimostra e dallo slegamento fra le due parti e dal fatto che la seconda decisione, che ora bisogna far dipendere da « vix receptum videtur », è invece stata ammessa concordemente. La prima parte offre indizi gaiani: *nec* (οὐδέ), come è costante in Gaio, quando è isolato; « habere intellegitur ». Per il § 3 abbondano i criteri formali: « nullo modo » (G. 1, 25; 104; 137ª. 2, 218. 3, 41; 58; 67 etc.): « transferre ei concessum est »: « idem *scilicet* iuris est ».

Il § 4 devesi pure attribuire a GR. (§ 1 « qui fundi... usum habet »; § 2 « qui aedium usum habet »; § 3 « ad quem servi usus pertinet »; § 4 « si pecoris vel ovium usus legatus fuerit »; per la frase « ea in fructu sunt » cfr. G. D. 7, 7, 3. 22, 1, 28 pr.).

Circa l'origine del § 5 non è facile esporre un' opinione decisa. È verosimile che per Gaio l' *habitatio* rientrasse senza altro nell' *usus* ([2]). In Ulpiano è proposto il problema (D. 7, 8, 10 pr.) e non è difficile il ritenere che di una simile esposizione nelle istituzioni di questo giurista approfittassero i compilatori per soggiungere la menzione della costituzione giustinianea.

La genesi del § 6 non può essere dubbia di fronte alla abbondanza dei criteri formali: « haec dixisse sufficiat » ([3]); « suis locis proponemus » ([4]); « exposuimus ([5]) ... modo videamus » ([6]). Dobbiamo poi ricordare come questa chiusa formi il naturale contrapposto di quanto sopra abbiamo trovato (D. 41, 1, 1 = I. 2, 1, 11): « quarundam iure civili.... commodius est itaque a vetustiore iure incipere ».

TITOLO VI pr. = comp. | §§ 1-2 = GR. | §§ 3-4 = GI. + comp. | §§ 5-6 = GI. | § 7 = GR. *partim* cfr. | § 8 = GR. | §§ 9-13 = M. | § 14 = M. ? + comp.

L' origine del § 1 si determina col parziale incontro con GI. 2, 45; il § 2 ne costituisce il seguito naturale; ambedue

---

([1]) KALB, *Roms Jur.*, p. 132.

([2]) Come forse in genere pei Sabiniani: Pomp. *ad Sabinum*, D. 7, 1, 32.

([3]) 1, 188. 2, 97. 3, 33ª etc.

([4]) 1, 1. 3, 34 etc.

([5]) 1, 39. 3, 194 etc.

([6]) 1, 50; 142. 2, 97; 191. 3, 77; 89; 179. 4, 88. 2, 191 etc. Cfr. spec. 2, 1.

i paragrafi sono stati alquanto alterati dai compilatori. Il § 3 risponde a G. 2, 49 e 50; il § 4 a 2, 50. La fine si distacca nella forma dal testo di GI.; potrebbe in parte essere fabbricata con riguardo a GR. (D. 41, 3, 36 pr.). I §§ 5-6 rispondono all' ultima parte di GI. 2, 50. Il § 7 nella seconda parte risulta, per via di diretto confronto (fr. 38 *eod.*), preso da GR.; è verosimile che per la prima parte, che nel citato testo è presupposta, derivi pure dalla fonte medesima. Così si spiegano gli incontri con GI. 2, 51.

Anche il § 8 può convenientemente attribuirsi a GR.; *aliquando* è dizione preferita da Gaio (2, 45; 50; 62. 3, 72 etc.).

Il gruppo dei §§ 9-13 ho già attribuito a M. Il § 9, con la citazione di Papiniano e con quella dei rescritti di Antonino Pio, Settimio Severo e Antonino, non può essere altrimenti determinato. Il § 10 dice: « Novissime sciendum est rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium » [1] e non può essere di Gaio, che ha già detto, e detto altrimenti, la stessa cosa. Qui poi appare la menzione della *iusta causa* (usucapionis), di cui Gaio, come è noto, tace (in 2, 50 è la « causa » della *traditio*, che si ricorda); il § 11 aggiunge l' insufficienza della causa putativa. Il § 12 può attribuirsi a M. per il suo nesso evidente col § 13, di cui l' origine marcianea è chiara per la citazione del rescritto di Severo e Antonino; la fine, però, del § 12 è fattura dei compilatori.

È probabile che sia di M. anche l' inizio del § 14; il resto è opera dei compilatori. La contemplazione del « ius fisci » in Marciano è ordinaria (e non è senza rapporto con la speciale destinazione della sua opera); l' *edictum divi Marci* non è mentovato in C. 7, 37, 2; 3, almeno nel testo a noi tramandato. Circa il conto, che nelle sue Istituzioni tiene Marciano del *ius fisci* (v. anche l' Introduzione), cfr., ad es., D. 39, 5, 15. 49, 14, 30; 31. 49, 16, 9 pr. 37, 14, 4. 30, 114, 2. 40, 9, 11, 1. 48, 10, 1, 11 etc.

---

(1) *Novissime - sciendum est:* entrambe le locuzioni sono in M. (la prima in D. 36, 1, 34 [33]; la seconda è frequentissima), sebbene nei frammenti a noi pervenuti non si trovino riunite. " rem talem esse debere ": cfr. M., D. 49, 6, 1, 1. 7, 1, 41, 1.

Titolo VII pr. = GR. | § 1 = M. + comp. | §§ 2-4 = comp.

Il pr. non può appartenere a M., che tratta in altra parte delle *donationes mortis causa*, e cioè nel libro nono dopo i fedecommessi; mentre il « genus adquisitionis » e i « duo genera donationum » riconducono a Gaio (1, 12; 188; 194; 195. 2, 101; 102; 103; 122; 181; 192; 197; 202; 210; 215. 3, 82; 89; 132; 134; 163; 170; 173; 183. 4, 1; 34; 114; 133; 161).

Il § 1 si può con sicurezza attribuire a M.; la chiusa è determinabile per via di diretto confronto (D. 39, 6, 1) e il principio ben si rannoda alla chiusa stessa, che in certo modo la presuppone (*et in summa*). La parte mediana è, invece, come appare dal contenuto, fattura dei compilatori. Ai quali appartiene il resto del titolo.

Titolo VIII pr. = GI. + comp. | § 1 = GI. + comp. | § 2 = GI. + comp. + GR.

Per il pr. cfr. G. 2, 62; 63 e per il § 1 G. 2, 64. Il § 2 nell'inizio risponde a G. 2, 80 sg. non senza gravi interpolazioni dovute alle modificazioni intervenute nel diritto. Dopo la parte composta dai compilatori e relativa alle riforme giustinianee, segue la chiusa che presenta spiccati i caratteri formali di Gaio e, poichè non è possibile pensare a GI., occorre attribuirne l'origine a GR. Cfr. « sed ex diverso » « cum scilicet », « nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est » (la frase, riferita all'ipotesi inversa, ricorre tal quale in G. 2, 84).

Titolo IX pr. § 1 = GI. + comp. | § 2 = comp. | §§ 3-5 = GI. + M. | § 6 = GI.

Il pr. e la prima parte del § 1 rispondono a G. 2, 86; 87: segue un lungo brano dei compilatori, il cui discorso continua al § 2. I §§ 3, 4 e 5 in. corrispondono a G. 2, 87; 89; 91-95. La fine del § 5 è molto probabilmente presa da M., come induce a credere la menzione della *constitutio divi Severi;* oltre il mutamento del pronome (« vobis ») sono intervenute altre interpolazioni: « liberam personam veluti per », « vel usucapionem ... non sit ».

TITOLO X pr. = U. | §§ 1-4 = comp. | §§ 5-7 = M. | § 8 = U. | § 9 = GI. | § 10 = GI. + comp. | § 11 = comp. | § 12 = U. ? | § 13 = F. cfr. | § 14 = comp.

Il pr. deriva probabilmente dalle Istituzioni di Ulpiano: infatti la definizione « t[um]... testatio mentis est » corrisponde a quella che porge U. nel suo *liber regularum* 20, 1: « testamentum est mentis nostrae iusta contestatio ». Trattandosi però di definizione etimologica, non è esclusa la possibilità che essa derivi da F., il quale appunto ad una simile definizione sembra alludere nel D. 28, 1, 24: « iudiciorum suorum testationem »; U. è però adibito anche più avanti in questo titolo. I §§ 1-4 sono (salva, forse, qualche imitazione o reminiscenza) fattura dei compilatori. Il gruppo dei §§ 5-7 è intimamente connesso e per vari indizi va ascritto a M.: « secundum quod Pomponio visum est », « tam divus Hadrianus Catonio Vero, quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt ». Il § 8 nella forma corrisponde (eccettuate le modificazioni rese necessarie dal mutato diritto) a Ulp. *reg.* 20, 6; ma è da ritenere che i compilatori attingessero dalle Istituzioni ulpianee. Per il § 9 cfr. G. 2, 105; 106. Il § 10, presa l'occasione e qualche frase da GI. (2, 105; 108), è fattura dei compilatori, cui spetta anche il § 11. Forse da U. deriva il § 12; cfr. la parziale concordanza con l'esposizione di Ulpiano (D. 37, 11, 1 pr.). Per il § 13 cfr. F. in D. 28, 1, 24. Il § 14 è fattura dei compilatori.

TITOLO XI pr. = GI. + comp. | § 1 = F. cfr. | § 2 = ? | §§ 3-4 = M. | § 5 = M. cfr. | § 6 = comp.

Il pr. comincia con G. 2, 109; il resto è dei compilatori. Il § 1 è preso da F. (D. 29, 1, 24). Il § 2 è troppo breve ed è privo di segni caratteristici: potrebbe con uguale verosimiglianza ascriversi a U., a F., a M. Il gruppo dei §§ 3-5 non si può scindere; e, poichè il § 5 si deve rivendicare a M., come prova il diretto confronto (D. 29, 1, 22), resta chiarita anche l'origine dei due precedenti. I criteri formali, se non univoci, si prestano anche ad una riprova: « hactenus ... quatenus ... » (D. 30, 114, 7): « a principalibus constitutionibus »; « vel alias »: « quasi ex nova militis voluntate » (la frase torna nel fr. 22 cit.).

Il § 5 presenta poi il testo genuino più completo e puro, che non faccia il passo corrispondente dei Digesti.

Il § 6 è fattura dei compilatori.

TITOLO XII pr. = GI. (rest.) + M. | § 1 = GI. (rest.) + GR. | § 2 = ? | § 3 = GR. | § 4 = comp. | § 5 = GR.

Che il pr. sia tolto da GI. nella prima parte è molto probabile: a quel contenuto del luogo perduto in GI. dopo 2, 111 accenna l'*Epitome* 2, 2, 1: pensiero e forma trovano una riprova in G. Epr. D. 28, 1, 6 pr. La prima frase « Non tamen omnibus licet...» è di conio perfettamente gaiano (G. 1, 36; 53 etc.): così « statim enim » per indicare l'inizio di una enumerazione, cfr. 1, 29 etc. *Exceptis militibus* (le parole intermedie sono interpolate) è pure, come sappiamo, una forma oltremodo frequente in G. Incerto sono per quello che concerne l'enumerazione delle concessioni imperiali: la forma generalmente corrisponde alla gaiana: « concessum est »; « subscriptione divi Hadriani » (*subscriptio* non è mai in M.), cfr. 1, 94; « optimi imperatoris Traiani » (in GI. 1, 102 « optimi imperatoris Antonini »). È vero che Antonino era vivo quando Gaio scriveva il libro I delle Istituzioni e Traiano morto, quando egli viveva; ma che per lui si mantenga l'*imperator*, non è a torto, trattandosi di quel principe, che unico ha trionfato dopo la consacrazione [1]. L'unica difficoltà deriva da « necnon », che non è proprio di G. come in genere dei giuristi romani (eccettuati Papiniano, Modestino e soprattutto Ulpiano, in cui è frequentissimo) [2]: ma si può benissimo pensare ad una modificazione intervenuta da parte dei compilatori. Il seguito è quasi certamente da ascrivere a M. (tolte le due interpolazioni « exceptis... adquiruntur » e « vel q. castrense »): « pertinebit hoc », « ex hoc intellegere », e specialmente « aliter inquietare », che non appare in altri giuristi, fuorchè in Ulpiano, Paolo, Marciano e Macro [3].

Il § 1 appartiene allo stesso luogo perduto di GI. (cfr. l'*Epit.* 2, 2, 2-3) o a GR.; dell'origine gaiana non si può di-

---

(1) Cfr. MOMMSEN, *Röm. Geschichte*, 5, 401.

(2) KALB, *Roms Juristen*, p. 132.

(3) Cfr. KALB, l. c., p. 27.

sputare (interp. « certe .... valente ». Indi nel testo di G. in luogo di *nam* probabilmente si leggeva *sed*). Cfr. « nec ad rem pertinet » (ad es., 2, 16; D. 35, 1, 17 pr. 35, 2, 79. 41, 1, 5, 5); per *id tempus quo* (ad. es., 3, 2): « furor *interveniens* » (1, 75; 192. 2, 215; 265. 3, 51; 160; 167. 4, 68; 98 etc.): « peremit » (1, 158. 3, 21; 69. 4, 87; 98). Il § 2 non pare derivasse da GI. (almeno se stiamo alla testimonianza dell' Epitome); potrebbe derivare da GR. con qualche modificazione. Il § 3 (tolta la parte mediana che è fattura dei compilatori) deriva da GR.; la chiusa s' incontra con G. EPr. D. 28, 1, 6, 1, a cui si accosta anche l' inizio. Di genuina origine gaiana deve pure stimarsi l' inciso: « utique de eo surdo *loquimur* etc. ». V. pure per la forma GR. D. 44, 7, 1, 15.

Il § 4 è opera dei compilatori e il § 5 devesi ascrivere a GR.: un parziale incontro offre G. Epr. D. 28, 1, 8 pr.

TITOLO XIII pr. = GI. + comp. | §§ 1-3 = GI. | § 4 = GR. | § 5 = comp. | § 6 = M.? | § 7 = M. + GR.

Cfr. il pr. con G. 2, 115; 123. La chiusa è dei compilatori. Pei §§ 1-3 cfr. G. 2, 127; 130; 131; 134 *rest.* ex Dig. (D. 28, 3, 13); 135. La prima parte del § 4 è certamente gaiana: « eiusdem iuris habentur, cuius sunt »; « secundum ea, quae-exposuimus ». L' esposizione è migliore di quella di GI. 2, 136 ed è più larga; è ovvio quindi pensare a GR. Si noti per di più che non solo la forma, ma anche la sostanza esclude che le varianti sieno dei compilatori, divergendo su questo punto il diritto giustinianeo. La fine del paragrafo corrisponde a G. 2, 136; 137: potrebbe essere una coincidenza di GR. Il § 5 è opera dei compilatori. Attribuisco il § 6 (detratta l' interpolazione « expeditione occupatus ») a M.; però non vi sono criteri sicuri. Cfr. « constitutionibus principum (M., D. 49, 14, 18, 3) cautum est (M., D. 35, 1, 33 pr.) ». Quali sieno le costituzioni citate, non sappiamo: quelle di Gordiano e di Filippo (C. 6, 21, 9; 10) presuppongono che questo punto sia già noto e certo. La fine del § 7 da « neque enim matri etc. » non può attribuirsi che a GR., come prova luminosamente l' incontro quasi letterale con quanto in tutt' altro contesto hanno le Ist. di Gaio, 3, 71; è invece parimenti chiaro che non può appartenere alla stessa fonte il principio in cui si dice con altre parole la stessa cosa. Che siano qui giustapposte due diverse

esposizioni del medesimo punto è innegabile. « Silentium matris... » è frase che corrisponde a quella usata nel § 6; i due passi sono da ricondurre all'origine stessa.

Titolo XIV pr. = GR. + M. cfr. + comp. | § 1 = GI. | § 2 = GR. | § 3 = ? | § 4 = GR. ? | § 5 = U. | §§ 6-8 = GR. | § 9 = U. | §§ 10-11 = P. ? | § 12 = ?

Per il pr. in fine v. M., D. 28, 5, 49 (48), 2. L'inizio, tolta una lunga ed evidente interpolazione mediana, per criteri formali va attribuito a GR.: « non aliter quam », « etiam is intellegitur ». Naturalmente le ultime parole « alio usumfructum habente » sono fattura dei compilatori. Per il § 1 cfr. G. 2, 188; 189: « quia... consequitur » è interpolazione; invece « destitisse... alienavit » è aggiunta tolta da fonte classica: forse M.? (*desistere* non è in Gaio). Pel § 2 cfr. Gaio Epr. D. 28, 5, 31, 1. Mancano criteri sufficienti per determinare l'origine del § 3. L'attribuzione a GR., data l'origine dei paragrafi contermini, non è certo improbabile. Il § 4 è probabilmente gaiano: per la locuzione v. G., D. 23, 2, 53 (1). Il § 5 è preso, come pare, dalle Ist. di Ulpiano: la prima parte si avvicina molto alla esposizione di Ulp. lib. VI reg. (D. 28, 5, [51] 50, 2): il resto sembra che ne sia il complemento necessario. Il § 6 riprende il discorso avviato nel § 4; l'attribuzione a G. si conferma anche per criteri formali: « ita demum... si »; « satis enim constat » (2, 17. 3, 69; 157); « ea enim pars data intellegitur, quae vacat ». Il periodo « nec interest... scriptus sit » è probabilmente formola di Sabino (Paul. *ad Sab.*, D. 28, 5, 20 pr.). Gaiano è anche il § 7: « videamus »; « et constat »; « ex diverso ». Il § 8 è naturale continuazione dei precedenti. L'attribuzione del § 9 a U. riposa anzitutto sopra l'uso, peculiare a questo autore, di *denique* per accennare un rapporto di conseguenza.

Il gruppo dei §§ 10-11 è, a quanto parmi, derivato dalle Istituzioni di Paolo. Il § 11 somiglia moltissimo nel contenuto e nella forma al brano di Paolo *ad Sab.* D. 28, 7, 5: il § 10 contiene la frase « condicio.... *pro non scripto habetur* » che ricorda la pauliana (D. 28, 5, 20, 2) « pars *pro non scripto habetur* ». « Necnon », sebbene raro, non è ignoto a Paolo.

Mancano criteri per il § 12.

---

(1) Cfr. pure 3, 125.

TITOLO XV pr. § 1 = M. cfr. | §§ 2-3 = M. | § 4 = Dig. ?

Per il pr. e § 1 cfr. M., D. 28, 6, 36. Alla stessa fonte si devono ascrivere i due successivi paragrafi, che continuano il discorso: v. « et ita divus Pius rescripsit »: « divi Severus et Antoninus... rescripserunt ». Il § 4 corrisponde a D. 28, 5, 41 e 42 (Iul. *dig.* + Pomp. *variae lect.*). Siccome le Istituzioni danno una esposizione più stringata, ma buona, non è inverosimile che ci troviamo davanti nuovamente a un passo di M., il quale conosce benissimo i Digesti di Giuliano e le *variae lectiones* di Pomponio (D. 41, 2, 43, 1. 20, 2, 2; 5 pr.), nelle quali del resto doveva manifestamente trovarsi anche quello che nei D. è riferito da Giuliano.

TITOLO XVI pr. = GI. + ? | § 1 = comp. | § 2 = comp. + GI. | § 3 = GI. + GR. | § 4 = GI. | § 5 = F. | § 6 = F. cfr. | § 7 = F.? | § 8 = GR. | § 9 = GI.

Il pr. è nella sua quasi totalità preso da G. 2, 179-180. La chiusa è di incerta origine: Gaio, a proposito della *legis a. per pignoris capionem*, dice che in alcuni casi è stata « moribus introducta » (4, 27), ma tali considerazioni non sono in lui abituali. Sono invece frequenti in U.: cfr. *reg.* 11, 24 (significante il confronto con G. 1, 184) e 11, 2: D. 24, 1, 1. 27, 10, 1 pr. e, in questo argomento appunto, D. 28, 6, 2 pr.: « Moribus introductum est ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit ». Non è quindi del tutto temerario pensare qui alle Istituzioni di Ulpiano, specialmente quando si ricordi quello che abbiamo osservato intorno a I. 1, 2, 9.

Il § 1 e l'inizio del § 2 sono opera dei compilatori: per il § 2 v. G. 1, 180-181. Il § 3 è in parte un'alterata riproduzione di G. 1, 181. L'ultima parte devesi ascrivere a GR.: « illud palam est... ». Per il § 4 cfr. G. 1, 182-183. Il § 6 si dimostra preso da F. col confronto del D. 28, 6, 37 ed è evidente che dalla stessa fonte deriva il § 5 strettamente collegato; verosimile che ne derivi il § 7. Il § 8 è forse una alterata riproduzione di GR.: « substitutio evanescit » cfr. 2, 244; 245. 3, 159. Per il § 9 cfr. G. 2, 184.

TITOLO XVII pr. = GR. | § 1 = ? + GI. (GR.?) | § 2 = GI. | § 3 = M. cfr. | §§ 4-6 = GI. | §§ 7-8 = M.

Il breve pr. va attribuito a GR.; Gaio è l'unico scrittore romano, presso cui si trovi la frase « usque eo... donec » (1) (in M., D. 20, 1, 11, 1 trovo la dizione alquanto diversa: *eousque donec*). Il § 1 potrebbe derivare da GR.; cfr. del resto G. 2, 138. In ogni caso il mutato diritto ha richiesto notevoli alterazioni. Il § 2 risponde a G. 2, 144. Per il § 3 cfr. D. 36, 1, 30 (29): le varianti sono di poco momento; il testo dei Digesti è meglio conservato, meno che nella chiusa del rescritto, dove le Istituzioni offrono una riproduzione più fedele. Le ultime parole « et ruptum... efficitur » sembrano un'aggiunta dei compilatori. Pei §§ 4-6 cfr. G. 2, 145-147. L'attribuzione dei §§ 7 e 8 non parmi dubbia. Per il § 7 cfr. « divi Pertinacis oratione cautum est »; « ne alias... nisi »: per il § 8 « eadem oratione expressit »; « divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt ».

TITOLO XVIII pr. = M. *partim* cfr. | § 1 = M. | § 2 = M.? + comp. | § 3 = comp. | §§ 4-5 = ? | §§ 6-7 = GR.?

Il pr. in parte è determinato dal confronto (D. 5, 2, 2): la prima parte è così intimamente connessa da non lasciar luogo a dubbi. La stessa origine va attribuita al § 1, che continua e completa il discorso: « non tantum autem *liberis permissum est* etc. »: cfr. pure « ex sacris constitutionibus praelati sunt » (D. 40, 1, 5 pr. 49, 14, 18 pr.; 18, 5). Va poi notato che « accusare testamentum inofficiosum » è probabilmente frase relativa al rimedio concesso ai provinciali, che non avevano adito al tribunale dei centumviri (2). Per il § 2 è certa l'interpolazione « secundum nostrae constitutionis divisionem »; il resto potrebb' essere di M., ma non presenta caratteri decisi. I §§ 4 e 5 non sono di M., che in proposito si esprime diversamente (D. 5, 2, 30, 1): non è facile indicare criteri decisivi. I §§ 6 e 7 sono strettamente collegati fra loro; in fine al § 6 v'è una vasta interpolazione « vel si mortis causa.... conti-

---

(1) Cfr. KALB, *Roms Juristen*, p. 75.

(2) Cfr. D. 5, 2, 6, 2 (Ulp. *ad ed.*); fr. 27 pr. (Ulp. *opin.*) e fr. 7 pr. (Paul. *de septemviralibus iud.*: tengasi presente la nota congettura di EISELE).

nentur ». Il § 7 presenta chiara la forma gaiana: « quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est ». L'unica difficoltà potrebbe sorgere dall'espressione ellittica « pro rata »: ma si pensi quanto facilmente sia scritto « pro rata distribuatur eis, i. e. pro virili portione » in luogo di « distribuatur eis pro rata portione (G. D. 35, 2, 73, 5) i. e. pro virili »,

Titolo XIX pr. — § 3 = GI. | § 4 = F. cfr. + ? + D. | § 5 = GI. | § 6 = GI. + comp. | § 7 = GI. + GR. + U. ?

Per il primo gruppo v. G. 2, 152-158; per il § 4 v. D. 28, 5, 50 (49), 2; a F. appartiene probabilmente anche il brano immediatamente successivo; la chiusa è tolta da D. 28, 1, 16 pr. Il § 5 deriva da G. 2, 162; il principio del § 6 da G. 2, 163: il resto è fattura dei compilatori. Il § 7 nel principio s'incontra con G. 2, 167; più avanti con G. 2, 169; la parte mediana ha pure impronta gaiana; cfr. « veteres enim heredes pro dominis appellabant » (v. le note a 1, 12, 5). A Gaio è straniero *dummodo*, che può tuttavia essere stato o per errore di scrittura (*dum.* per *dum*) o per arbitrio dei compilatori sostituito a *dum.* La fine è forse presa dalle Istituzioni di Ulpiano, che poco diversamente si esprime in D. 29, 2, 5 pr.

Titolo XX pr. = GI. | § 1 = U. | §§ 2-3 = comp. | § 4 = GR. + U. + GR. + M. | § 5 = M. | § 6 = M. | § 7 = GI. | § 8 = GR. | §§ 9-11 = M. ? | §§ 12-15 = M. | § 16 = M. *partim* cfr. | §§ 17-20 = M. | § 21 = M. ? | § 22 = ? | § 23 = comp. | § 24 = ? | § 25 = GR. + GI. + ? | § 26 = GI. | §§ 27-28 = comp. | §§ 29-33 = GR. | § 34 = GI. + comp. | § 35 = GI. + comp. | § 36 = GR. + M. + GR. + comp.

Il pr. deriva da G. 2, 191. Il § 1 è attribuito alle Istituzioni di Ulpiano: la definizione è identica a quella data da Modestino (D. 31, 36), che suol riprodurre del pensiero il suo maestro. Il § 2 è fattura evidente dei compilatori, come pure il § 3. La prima parte del § 4 è qui fatta derivare da GR.; v. i parziali incontri con GI. 2, 202; 262. E la parte gaiana riprende evidentemente alle parole « quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intellegendum est... legasset », che si rannodano direttamente alle prime, in modo da rendere

manifesto che il brano intermedio « sed si... legatum est » è preso da altra fonte. Non è da escludere del tutto che questa possa essere M.; è però da notare che l'ordine dell'esposizione, il contenuto e, in parte, la forma corrispondono a quelli di Ulp. D. 30, 39, 7-10: che U. nelle sue Istituzioni di questo punto si occupasse brevemente, è reso verosimile dal confronto con *reg.* 24, 8-9. La chiusa è di M., come prova il confronto con D. 22, 3, 21. Nè il passo è preso dai D., poichè le I. in luogo di « verius esse existimo » hanno il testo più completo e genuino « et ita divus Pius rescripsit et verius est »; i D. trattano insieme della *res aliena* e *obligata*, mentre le I., conservando manifestamente il testo genuino, trattano in seguito e a lungo (§ 5) della seconda ipotesi. Rimane la difficoltà di conciliare il testo, così accertato di Marciano, con la procedura romana [1]; forse M. alludeva al processo *extra ordinem*. L'attribuzione a M. del § 5 non può essere dubbia; esso continua l'esposizione del § 4; v. poi « et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt »; « necesse habet... luere » (cfr. D. 23, 3, 52 « necesse non habeat mulier... promittere »); « et *hoc* expressit »; « si tamen » [2]. Il § 6 va attribuito a M.; la trattazione resta quindi interrotta da passi gaiani e riprende di nuovo con M.; per la costruzione v. M., D. 36, 2, 20. A GR. va attribuito il § 8; e così si spiegano e gl'incontri parziali e le non cattive varianti in confronto di G. 2, 199. Notevole è che le I. espongono i singoli modi di deficienza: « quia *aut spreverit legatum* aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit ». L'ottima esposizione è certo gaiana; per la prima frase cfr. G. D. 37, 1, 4. 2, 195 « spreverit legatum »; 3, 62 « suam partem... spernat ». Più completo ed esatto è l'esempio del legato « disiunctim relictum » nelle Istituzioni.

Il gruppo dei §§ 9-16 è tolto da un titolo sul legato *per damnationem* di uno stesso autore; indizi e confronti riconducono a M.

Circa il § 9, è da notare che esso si riannoda alla precedente trattazione sul legato (*per damn.*) di « res aliena », interrotta nelle I. per intercalare i passi gaiani sul legato di

---

[1] Cfr. *Pand.*, p. 829.

[2] KALB, *Roms Jur.*, p. 32.

cosa futura e su quello della stessa cosa a più persone. Riprende dunque l'ipotesi del § 6 della *res aliena legata*, che il legatario acquista *ante mortem testatoris:* pei criteri formali cfr. « si cui . . . legatus fuerit » (D. 35, 1, 33, 2 « si cui . . . legatum fuerit ») ; « Iulianus ait . . . sed . . . contineri » ; « recte eum agere . . . . Iul. ait » (D. 20, 5, 7 pr. : « Iul. . . . . scribit recte . . . distractum esse »). Interpolate sono le parole : « quia ususfructus i. p. s. l. optinet » [1]. Il § 10 è l'evidente continuazione del precedente ; « nec ipsa nec aestimatio eius » : cfr. D. 35, 1, 33, 3 « nec aestimatio eius legari videbitur ». Il § 11, continuando il discorso, passa all'inversa ipotesi ; « rem suam *quasi alienam legaverit* » : cfr. D. 38, 4, 6 « *quasi servum* eum legasse ». All'alienazione operata dal testatore dopo fatto il testamento passa il § 12, sempre continuando l'argomento ; innegabile è l'origine marcianea : « Celsus existimat . . . (cfr., pel modo di citare, D. 34, 5, 14) . . . idque divi Severus et Antoninus rescripserunt » ; « idem rescripserunt ». Per la frase « omnimodo debetur » v. D. 49, 14, 31. 29, 2, 52, 1. L'origine del § 13 è chiarita dal § 14, che continua il discorso in quello iniziato ; del § 14 la fonte non è dubbia : « Papinianus scripsit . . . quod et verum est ». L'ultima parte « non enim placuit... potest » potrebbe anche derivare da altra fonte. « In diem vel sub condicione » (D. 40, 4, 23, 1) ; « inutile est legatum » (D. 30, 112 pr.). Il § 15 seguita lo stesso tema, per cui l'origine è manifesta : « divi Severus et Antoninus rescripserunt ». Anche il § 16, la cui origine marcianea è nella seconda parte confermata dal diretto confronto (D. 30, 112, 1), appartiene alla trattazione del *legatum per damn.*, come prova ad evidenza la responsabilità, di cui si discorre, « ex facto heredis » ; il testo delle I. è molto più completo.

Il gruppo dei §§ 17-20 consiste di brani delle Istituzioni di Marciano tolti da diversi punti della materia dei legati. I §§ 17-19 verosimilmente sono presi dalla trattazione del legatum *per vindicationem.* Indizi sicuri essi non presentano della origine loro; si vegga, però, come la materia del § 17 sia esposta diversamente da Gaio, D. 33, 8, 4 ; come appaia in essi fre-

---

[1] Longo, *Bull.*, XI, 307 : non accolgo però le altre deduzioni di questo romanista.

quente la dizione « legato cedere », che è famigliare a M. (D. 33, 7, 17 pr. etc.); si tenga pure presente la citazione di Giuliano col conseguente discorso indiretto all' infinito [1]. Il § 20 è preso dalla trattazione « de peculio legato »; per la diagnostica cfr. « et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt »; « idem rescripserunt »; « idem rescripserunt ». Il § 21 è preso ancora dalla trattazione del legato *per damnationem*; se si avverte che i §§ 9–16 erano tutti relativi al legato *per damn.* di cose corporali e che la trattazione fu interrotta per l' introduzione di altri argomenti, non ci stupiremo che a quella si ritorni per enunciare la possibilità di legare (*per damn.*) *res incorporales*. L' attribuzione però del § 21 a M. non è sicura; nulla vi ha in contrario (*tale legatum* è, anzi, dizione conforme all' uso suo: per « hoc casu » v. D. 36, 2, 20); la brevità dell' esposizione e il fatto che il paragrafo viene a compiere opportunamente la correlativa trattazione sono la precipue ragioni che mi hanno consigliato a esporre dubitativamente tale ipotesi. Oscura è l' origine del § 22; qualche analogia di forma presenta D. 33, 5, 2, 1, Ulp. *ad Sab.*; ma ciò non basta perchè si attribuisca il passo ad U. Il § 23 è fattura dei compilatori. Il § 24 potrebbe reputarsi tolto da GR., a cui appartiene la prima parte (alquanto alterata) del § 25, cfr. « relinqui *concessum est* »; pel seguito v. G. 2, 238-240. Siccome vi è qualche variante e inversione nell' ordine degli argomenti, che è migliore nelle I., si potrebbe ritenere che qui continui tuttavia GR. La chiusa è forse tolta da M. Per il § 26 cfr. G. 2, 241. Ai compilatori appartengono i §§ 27 e 28 (l' ultimo è stato scritto con qualche riguardo a G. 2, 241).

La diagnostica delle fonti del gruppo dei §§ 29-33 non è difficile. L' origine del § 29 è indicata dal § 30, che lo presuppone necessariamente (*huic proxima est*, etc.). Ora il § 30 non può derivare nè da M., nè da F., che trattano diversamente lo stesso tema (D. 35, 1, 33 e 34) e presenta cospicui criteri formali « Huic proxima est illa iuris regula » (cfr. G. D. 44, 7, 1, 13); « iuris regula » (ad es. G. 4, 112. D. 29, 1, 17, 4. 2, 14, 28); « legatum non peremi » (cfr. ad es. D. 30, 68, 2); « et

[1] L' argomento precipuo è poi quello della forte analogia colla trattazione del § 20, di cui non è oscura l' origine.

convenienter »; « si de servo constat » (D. 35, 1, 17 pr. 1). Per il § 31 cfr. la trattazione molto simile di G. Epr. D. 35, 1, 17, 2. Anche il § 32 si può ascrivere alla stessa fonte: v. i molti incontri con GI. 2, 244; bisogna tenere pur calcolo del mutato diritto. V. per esempio di buone varianti: « nec quidquam proficere » (G. 2, 166: « nec quicquam proficit »; 2, 116: « nihil proficit »; 3, 178: « nihil .... proficere »); « diutius vixerit » (cfr. G. 2, 44). Il § 33 s' incontra nella forma con G. 2, 245; le varianti notevoli non dipendono tutte dal mutato diritto e talune presentano il tipo gaiano: per es. GI. « constat... recte legari » = I. « quin... recte legetur... non dubitatur » (G. 1, 5: « nec umquam dubitatum est, quin ... »; 3, 146: « non dubitatur... quin »; 4, 60 « dubitare non debemus, quin ... »; 3, 74: « dubium non est, quin ... »; 4, 153: « nec ulla dubitatio est, quin ... » ecc.); « dies legati cedere intellegitur »; « in alterius potestatem translatus ».

Per il § 34 cfr. G. 2, 229-230: il resto è dei compilatori; pel § 35 cfr. G. 2, 232: qui pure il resto è dei compilatori

Il principio del § 36 s' incontra in parte con G. 2, 235; ma, oltre le modificazioni richieste dal mutato diritto, altre ve ne sono, come negli esempii (per i quali cfr. il § 25), che riconducono ad altra fonte pure gaiana. Il brano intermedio « in tantum .... legatum sit » parmi doversi attribuire a M.; « in tantum .... ut » (cfr. sopra) [1]; le *plures principales constitutiones* sono probabilmente in parte quelle, a cui lo stesso M. accenna nel brano conservato in I. 2, 17, 8. La frase « constitutionibus significari » non è ignota a M.: v. D. 28, 5, 49 (48), 2.

Poi ritorna GR.: « valde observantur » (v. ad es. G. 3, 118; 122. 4, 20); cfr. anche la frase così comune in G. « quin etiam ». Pel resto cfr. G. 2, 243; il testo delle I. è anche migliore; contiene la citazione di Sabino e la frase prettamente gaiana: « nihil ... intererat, qua ratione ... utrum ... an ... ». L' origine da GR. non può dunque porsi in dubbio. La chiusa è dei compilatori.

---

[1] Questo è però tutt' altro che segno univoco (v. ad es. G. 1, 59); e la maniera di citare le costituzioni è conforme all' uso gaiano.

TITOLO XXI = GR.

Sono interpolate le parole « sive non... verbis » e coerentemente prima *sive contrarii* sta per *si contrariis.*

Qualche analogia presenta la trattazione gaiana nel D. 34, 4, 5.

TITOLO XXII = GR.

Per il pr. cfr. la frase tipica « superest ut de lege Falcidia dispiciamus ». V. poi: « modus (lege)... impositus est » (G. 1, 42 « lege ... certus modus constitutus est »); « totum patrimonium legatis erogare » (2, 224 « totum p.um legatis... erogare »); « visum est ... coartare » (G. D. 35, 2, 73; 36, 1, 63, 7); « ipsorum torum gratia (lege F.a) provisum est » (v. nota a 1, 6 pr.); « plerumque intestati moriebantur » (2, 224); « qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem » (G. 2, 227). L'esposizione è stata abbreviata nella parte storica.

Per il § 1 cfr. l'analoga esposizione di Gaio in D. 35, 2, 77 (altri confronti per le locuzioni ivi usate offre D. ib., 78); per i §§ 2 e 3 cfr. rispettivamente G., D. cit., 73 pr.; 73, 5.

TITOLO XXIII pr. = GI. | § 1 = GR.? | §§ 2-6 = GI. | § 7 = comp. | § 8 = GI. + comp. | § 9 = GR. | §§ 10-11 = GR. | § 12 = comp.

Per il pr. cfr. G. 2, 246-247. È verosimile che il § 1 penda da GR. Non sono straniere a G. queste sommarie ricapitolazioni di successive disposizioni: v. G. 1, 32; 84; 85 etc.: « primus divus Aug. etc. » cfr. 1, 62 « idque primum in usu venit cum divus Claudius etc. ». Nè omette Gaio di ricordare le antiche e diverse condizioni del diritto (ad es. 1, 131. 2, 101 sg. 4, 48 etc.). A Gaio accennano anche gl'indizi formali: « fideicommissa appellata sunt, quia... »; « iussit consulibus (* consules) auctoritatem suam interponere », cfr. G. 4, 139 « praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit »; « ut paulatim... crearetur », cfr. G. 4, 30 « lis actes paulatim in odium venerunt » ecc. Circa i §§ 2-6 cfr. G. 2, 248; 250; 251; 253-258. Ai compilatori spetta il § 7. Il § 8 è preso da G. 2, 259: le ultime parole sono state sostituite dai compilatori per evitare la menzione del S. C. pegasiano.

Il § 9 appartiene certo a GR. I criteri formali abbondano. Una forma analoga a quella del principio del passo vedi in G., D. 36, 1, 65 (63), 3; « simili modo »; « actiones transferuntur »; « scindantur actiones »; « quin etiam »; « eadem scilicet interveniunt »; « quae diximus.... eadem transferimus » (la stessa dizione in G. 3, 206).

L' attribuzione del § 10 a GR. trova conforto negli incontri di questo passo con G. 2, 270 (e 2, 260); per il § 11 cfr. G. 2, 271 (e 261).

Il § 12 è opera dei compilatori.

TITOLO XXIV pr. § 1 = GI. | § 2 = GI. + comp. | §3 = GI.

Per il primo gruppo v. G. 2, 260-262. Il § 2 nella prima parte risponde a G. 2, 263; 264; 265 (princ.). Indi segue un emblema « si modo... praestari libertas ». Poi segue la riproduzione di G. 2, 266 con alcuni glossemi intercalati nel testo (« qui... appellatur » [1]: « directo... vult »). Il § 3 è preso da G. 2, 249.

TITOLO XXV pr. § 1 = M. | § 2 = M. *partim* cfr. | § 3 = M. cfr. + comp.

L' attribuzione del pr. (che certo per ragioni formali non può attribuirsi a Gaio) a M. dipende specialmente dal nesso col § 1, la cui origine è sicura. Il pr. parla di codicilli confermati nel testamento e il § 1 prosegue: « *non tantum* etc. », parlando di codicilli lasciati da chi non ha fatto testamento. Per il § 1 cfr. « Papinianus ait... sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ». Il § 2 nella sua ultima parte si può confrontare con M., D. 29, 7, 6 pr. (in f.), donde si scorge che i compilatori delle Istituzioni hanno molto abbreviato il testo genuino. Il § 3 (in.) risponde a D. 29, 7, 6, 1 (in.); i compilatori hanno mutato le ultime parole.

---

[1] M. menziona il *libertus orcinus* (D. 40, 8, 5); ma ciò non vuol dire che venga da lui l' inciso.

LIBRO TERZO

Titolo I pr. = GI. ? | §§ 1-2 = GI. | § 2^a = comp. | § 2^b = GI. | §§ 3-5 = M. | § 6 = GI. | §§ 7-13 = GR. | §§ 14-16 = comp.

Il pr. potrebbe derivare da GI., in cui è perduto il principio del terzo libro [1]. I §§ 1-2 rispondono a G. 3, 1-2. Il § 2^a è fattura dei compilatori e il § 2^b è preso da G. 3, 2; 4. Il § 3 è probabilmente di M.: G. esprime molto diversamente un concetto analogo (2, 157): inoltre esso è in istretta connessione con i due paragrafi successivi: « quasi.... continuatur dominium » (D. 1, 8, 6 pr. 49, 15, 25). Per il § 4 cfr. « interdum autem... », forma preferita da M. in luogo della gaiana « aliquando... ». Ma i segni più evidenti della origine indicata si hanno nel § 5, che per l'evidente connessione serve a comprovarla per i due antecedenti: « per contrarium »; « ac per hoc ». Marciano nelle sue Istituzioni esplicava maggiormente questo punto: cfr. D. 37, 14, 4. Il § 6 deriva da G. 3, 7-8.

A GR. attribuisco il gruppo dei §§ 7-13. Per il § 7 è da notare che le parole « quod accidit et destituto testamento » sono probabilmente un glossema. Per la forma cfr. « eo tempore quaerendum est quo certum est aliquem sine t° decessisse » con G. 3, 13 (in altro contesto); « hac ratione ». Le parole finali *et hoc certum est* sembrano dovute ai compilatori. Il § 8 continua l'argomento: la forma è buona e consona all'uso gaiano: « plane si... »; « nec ille... » (secondo l'uso consueto di G., quando « nec » è isolato): « quantum ad » (1, 73; 171. 2, 208 etc.). Il § 9 presenta vari indizi formali: « nihil iuris »; « neque... neque... »; « alio ullo iure »; « praetor naturali aequitate motus » (v. nota a 2, 1, 39); « sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant » (v. la frase che ritorna in G. 3, 26). Diversa è la trattazione delle Istituzioni di Ulpiano (*Coll.* 16, 7). Circa il § 10 cfr. « in adoptiva familia sint » (G. 3, 31. D. 37, 4, 9): « et convenienter »: « extraneorum loco esse incipiunt »: « quantum ad... pertinet » (G. 2, 137, cfr. 1, 157; 171. 3, 14;

---

[1] Cfr. Huschke nella sua edizione ad *h. l.*, n. 1.

51 etc.): « quia iniquum erat » (ad es. G. D. 37, 12, 2): « gradum nanciscuntur » (1, 115; 2, 113; 126; 133. 3, 14; 201). Per il § 11 cfr. « minus iuris »; « naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest » (G. 1, 158); « nec... possunt »; « extraneorum loco incipiunt esse »; « alia civili ratione », « ius nomenque filii » (« nomen adgnationis » 3, 20). Cfr. poi G. 2, 136. Per il § 12 cfr. « eadem haec observantur » (3, 114 etc.); « per hoc tempus - quo moreretur » (ad es. 3, 2); « eos repellit » (3, 41. D. 38, 1, 22, 1. 28, 6, 22); « in liberorum numero esse » (nota a 2, 4, 2). Per il § 13 v. « admonendi »; « licet ea parte edicti... non admittantur » (D. 37, 4, 7).

I §§ 14-16 sono fattura dei compilatori.

TITOLO II pr. = GI. + comp. | § 1 = GR. + GI. | § 2 = GR. | § 3 = GR. | §§ 3ª 3ᵇ 4 = comp. | § 5. 6 = GR. | § 7 = GR.? + comp.

Il pr. non è che una riproduzione alterata di G. 3, 9: la parte mediana « vel eorum... tunc » è manifesta aggiunta dei compilatori: la vocazione delle XII tavole non poteva aver riguardo nè agli editti nè alle costituzioni! L'inizio del § 1 deriva probabilmente da GR.: « ut primo quoque libro tradidimus » (cfr. 1, 188; v. poi 3, 201): sul contenuto v. G. 3, 10: su quello della citazione G. 1, 15 (certamente riprodotto anche in GR., lib. I). Pel rimanente v. GI. 3, 10. Probabile è che il § 2 venga da GR.: « nec dubium est quin ... » (nota a 2, 20, 33). Per il § 3 cfr. il « ceterum » iniziale (1, 54; 151. 2, 43; 181. 3, 112. 4, 74; 91; 95; 109 etc.): « ultro citroque capitur » (« ultro citroque ... capiendae »: 3, 24): « quod ad feminas » (1, 157 etc.): « qua de causa » (caratteristica sicura di Gaio) [1]: « ita constitutum erat » (1, 192. 2, 16 etc.); « commodius videbatur » (nota a 2, 1, 11); « quasi extraneas repelli » (nota a 3, 1, 12); « ita scilicet admittuntur »: « neque adgnatus ullus » (3, 29). I §§ 3ª 3ᵇ 4 sono opera dei compilatori. Circa il § 5 v. « aperte lex XII t. proximum vocat » (3, 40; 64; 222. 4, 63 etc.): « frater.... et alterius fratris filius » (cfr. G. 3, 15): « dubium non est, quin... » (v. nota a 2, 20, 33): « proximus

---

[1] KALB, *Roms Jur.*, p. 75.

intellegitur ». Circa il § 6: « per hoc tempus requiritur » (cfr. 3, 2; 10; 13); « certum esse coeperit nullum ex t° heredem ex*tit*urum » (3, 13, con ottima variante). Anche il § 7, alterato dai compilatori, pende dalla stessa fonte: « qui *secundum ea quae diximus* vocatur ad hereditatem »; « spreverit hereditatem » (v. nota a 2, 20, 33); « nihilo magis legitimo iure sequentes admittuntur » (G. 3, 22). V. gli incontri con G. 3, 12. La fine è dei compilatori. A GR. forse spetta anche l' inizio del § 8: ad ogni modo il resto è dei compilatori.

TITOLO III pr. = GI. + comp. | §§ 1-2 = GI. (GR. ?) | § 3 = M. ? | §§ 4-6 = comp. | § 7 = M.

Il principio mi pare un rifacimento dei compilatori sulla base di G. 3, 24, di cui ritornano varie frasi. Per i §§ 1-2 è ovvio pensare a GI. (lacuna avanti 3, 34) o a GR.: « primus quidem divus Claudius » (nota a 2, 23 pr.); « postea... SC. Tertulliano, quod Hadriani temporibus factum est » (1, 30. 2, 197; 253. D. 40, 16, 1 etc.); « ut scilicet ». La frase « de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda » è emblematica. Il § 3 non offre i caratteri gaiani di lingua e stile. Si può attribuire a M., che fu adoperato in questa parte dai compilatori. Però le parole: « sed et filiae... aviae suae » sono dei compilatori: vi si accenna infatti a costituzioni del periodo postcostantiniano. I §§ 4-6 sono evidente fattura dei compilatori. Per il § 7 v. quanto diremo sul § 3 del titolo seguente.

TITOLO IV pr. = M. | § 1 = comp. | §§ 2-3 = M. | § 4 = M. cfr.

L' attribuzione di questo titolo a M. (tolto il § 1, che per lo stesso contenuto si rivela opera dei compilatori) in parte si fonda sul diretto confronto (§ 4), in parte su criteri formali. G. resta escluso dalla stessa natura dell' argomento: se anche appartiene a lui il libro sul SC. Orfiziano (D. 38, 17, 9: nulla sa in proposito l' Indice), non è verosimile che le *res cottidianae* sieno state composte in un periodo così avanzato della sua vita. Pr. « per contrarium »; « SC.o effectum est » (M., D. 48, 8, 3, 3). § 2: « sciendum... est »; « successiones, quae... deferuntur » (D. 38, 16, 9 « defertur... hereditas »). § 3: « novissime sciendum est » (cfr. I. 1, 26, 12). Il § 4 appartiene a M.

(= fr. 9 cit.), il quale, dopo di avere parlato di queste « novae successiones legitimae », fa una generale osservazione sopra il *ius adcrescendi* nelle successioni intestate.

Titolo V pr. § 1 = GR. + comp. | § 2 = GR. | § 3 = GI. | §§ 4-5 = GR.

Nel pr. va sceverata la parte mediana, che è opera dei compilatori. Esso è strettamente connesso col § 1, della cui origine gaiana non si può dubitare: « qua parte »; « naturalis cognatio » (per la sostanza cfr. D. 38, 8, 2); « spectatur » (1, 196. 2, 79; 144 etc.). Cfr. anche per la forma in parte G. 3, 27. La fine del § è dei compilatori.

Per il § 2 (1) cfr. « ex transverso » (D. 38, 10, 1 pr.); « qui per feminini sexus personas ... cognatione iunguntur » (G. 1, 156); « proximitatis nomine » (G. 3, 27). V. pure gl'incontri con G. 3, 30. Il § 3 (2) coincide con G. 3, 31. Circa il § 4 (3) cfr. « manifestum est » (1, 87; 181. 2, 28; 48. 3, 216. 4, 10; 111; 132. D. 2, 14, 48. 5, 3, 39 pr. 7, 1, 45. 41, 1, 43, 1 etc.); « nullum patrem habere intelleguntur » (G. 1, 64); « eadem ratione »; « competit b. p.º » (D. 37, 4, 12 pr.); « proximitatis nomine ». Per il § 5 (4): « necessario admonendi sumus »; « sive de lege XII t. quaeramus, sive de edicto... » (per la forma v. poi 3, 71; D. 35, 2, 79 etc.); « proximitatis ... nomine ».

Titolo VI pr. = GR. | §§ 1-6 = GR. | §§ 7-8 = GR. | § 9 = comp. | § 10 = GR. + comp. | §§ 11-12 = GR. + comp.

Pr. = « necessarium est exponere » (*sim.* D. 1, 2, 1); « imprimis admonendi sumus » (2, 114 « in primis advertere debemus »; 2, 248 « in primis ... sciendum est »; 4, 70 etc.); « et convenienter »). Per la fine v. il notevole incontro con G., D. 38, 10, 1, 1.

Per il § 1 v. G., l. c., § 3; per il § 2 ib., § 4; per il § 3 ib., § 5. Le I. aggiungono spiegazioni, che il commento gaiano dell' Editto, almeno come è riferito nei Digesti, non contiene: « patruus est patris frater, qui graece πάτρως vocatur; avunculus est matris frater, qui apud graecos proprie μήτρως appellatur » etc. Io stimo che tali elementi si contenessero nelle *res cottidianae*; infatti essi hanno il conforto di analogie evi-

denti; per es., D. 50, 16, 30, 2: « novalis est terra praecisa... quam graeci νέασιν vocant »; D. 19, 2, 25, 6: « vis maior, quam graeci θεοῦ βίαν appellant »; D. 50, 16, 233, 2; 236 etc. Per il § 4 cfr. D. 38, 10, 1, 6; per il § 5 il § 7; per il § 6 D. 38, 10, 3 pr. L'origine gaiana del § 7 è chiara pei criteri formali; « hactenus ostendisse sufficiet » (l'espressione è probabilmente stata modificata dai compilatori in luogo della genuina e tipica « hactenus *admonuisse* sufficit » 1, 188. 2, 97. 3, 33[a], etc.); « palam est intellegere » (3, 18); « ulterius... numerare » (1); « quemadmodum » (preferito di gran lunga da Gaio, che assai raramente usa *quomodo*; nelle Istituzioni gaiane il rapporto è da 8 a 3). Il § 8 si può attribuire alla stessa fonte per la naturale correlazione, Il § 9 è dei compilatori; circa lo *stemma cognationum* v. l'Appendice. La prima parte del § 10 ha impronta schiettamente gaiana; « illud certum est » (2, 78; 121. 3, 78; 124; 150; 167. 4, 4; 116. D. 40, 12, 13 pr.-1, etc.); « illam partem edicti »; « proximitatis nomine ». Il resto è dei compilatori.

Il § 11 deriva da GR.; il principio venne probabilmente ritoccato nella forma dai compilatori: « prima causa sit suorum heredum »; « ut supra quoque tradidimus » (1, 94; 119; 135[a]; 189. 3, 51, etc.: 2, 23. 3, 33, etc.; « propagatus est » (D. 38, 10, 3 pr.).

Più alterato è il § 12, che presenta tuttavia caratteri sicuri: « etiamsi longissimo gradu sit » (3, 27); « potior habetur » [*plerumque* è interpolato] (3, 51; 65; 66 etc.); « *proximior* cognatus » (3, 7); « totiens . . . quotiens . . . » (1, 162); « secundum ea quae tradidimus » (3, 201). La fine è dei compilatori.

Titolo VII pr. — § 2 = GI. | §§ 3-4 = comp.

Per il primo gruppo v. G. 3, 39-42. Il secondo è, per lo stesso contenuto, evidente fattura dei compilatori.

Titolo VIII pr. — § 2 = GR. | § 3 = GR. ?

L'attribuzione del primo gruppo a GR. non dà luogo a dubbi. Pr. « in summa... admonendi sumus » (la frase talquale ad es. in 1, 141); « senatum censuisse » (1, 182 etc.); « *pariter*

(1) Kalb, *Roms Jur.*, p. 75.

admitterentur » (ad es., D. 38, 2, 5, 1). All'uso gaiano rispondono pure le frasi: « nihil iuris habeant »; « pristinum ius recipiunt » (1, 129 etc.); « ita demum ... si » (1, 54; 146. 3, 40; 80; 177; 208; 219. 4, 93 etc). § 1 « nec tantum .... sed etiam » (*bis*); cfr. 2, 63; 66. 3, 122; 212. § 2 « datur ... adsignandi facultas » (1, 29. 2, 162; 163 etc.); « unde » (2, 89; 220. 3, 91; 94; 168 etc.) (¹); « evanescat adsignatio » (3, 159. D. 47, 2, 55 (54), 5); « Iuliano et aliis plerisque visum est » (3, 133 etc. e, per la menzione dei « plerique », 2, 7. 3, 71). È poi notevole che qui si esponga un principio di diritto, che poi fu abbandonato: v. il contrario avviso in Modestino, D. 38, 4, 9.

Se il § 3 è di Gaio, in luogo di « Claudianis temporibus » dovrà rimettersi « * divi Cl^ii^. temporibus » (simili citazioni v. ad es. in 2, 253; 254. 3, 73 etc.).

TITOLO IX pr. = ? + comp. | § 1 = GI. + comp. | § 2 = GI. + comp. ? | § 3 = GR. ? | §§ 4-8 = comp. | §§ 9-10 = GR. | § 11 = ? | § 12 = comp.

Il principio del titolo è riferito dallo Huschke alla lacuna, che nelle Istituzioni di Gaio antecede 3, 34. Ciò è reso verosimile dal fatto che nei §§ 1, 2 sono utilizzate tali Istituzioni; bisogna però ammettere che il testo sia stato abbreviato e che ai compilatori appartengano le parole: « *videlicet* cum a pr. adiuvabatur », nel modo stesso che loro appartiene certamente la chiusa. Il § 1 (tranne le ultime parole che sono dei compilatori) corrisponde a G. 3, 34 (*rest.* in gran parte); la locuzione è perfettamente gaiana, cominciando dall' *aliquando* iniziale. Il § 2 corrisponde in gran parte a G. 3, 32; 33: la fine è o glossema accolto nel testo o aggiunta dei compilatori. Il § 3 non presenta, per la stessa natura del contenuto, indizi sicuri della sua derivazione. Si può pensare a GR.: « sunt autem b. p. ... . hae » (3, 82. 4, 39 etc.).

I §§ 4-8 contengono l'esposizione del diritto giustinianeo.

Il § 9 (8-9) si determina per la sua stretta connessione col seguente. Per questo si noti: « non petierit ... p^is^ adcrescit » (la stessa dizione in D. 37, 4, 12 pr.); « proinde ... ac »

(¹) Cfr. KALB, *Roms Jur.*, p. 80.

(nelle sole Istituzioni di Gaio 43 volte!); « ex eo numero non esset » (nota a 2, 4, 2).

Il § 11 è troppo breve per offrire materia ad un giudizio; il § 12 è fattura dei compilatori.

TITOLO X pr. § 1 = GI. + comp. | § 2 = comp. | § 3 = GI. + comp.

Per il pr. § 1 v. Gai. 3, 82; 83. La fine è dei compilatori. Il § 2 è esposizione di diritto giustinianeo. Il § 3 risponde a GI. 3, 84: molte alterazioni sono dovute al mutato diritto.

TITOLO XI pr. § 1 = M.? | § 2 = M.? | § 3 = M.? + Ulp. *ad ed.* cfr. | § 4 = Ulp. l. c. *partim* cfr. | § 5 = Ulp. l. c. cfr. | § 6 = Ulp. l. c. | § 7 = comp.

Non è improbabile l'attribuzione della prima parte a M. Non pare doversi attribuire questa parte al commentario sull'Editto di Ulpiano, che non trattava l'argomento in connessione con la materia delle successioni, come invece qui avviene (« accessit novus casus successionis » etc.). Il modo di citazione (*verba rescripti ita se habent*) è conforme all'uso marcianeo (D. 28, 5, 49 [48], 2. 36, 1, 30 [29]); come pure è conforme all'uso suo riferire le parole (v. nota a 1, 8, 2). Io credo che la stessa fonte sia usata nel § 2 e nel principio del § 3, dove si parla costantemente di « rescriptum »; mentre Ulpiano in tutta questa trattazione (e coerentemente anche la parte di questo titolo che noi riferiamo a lui) usa esclusivamente la voce *constitutio* (D. 40, 5, 2; 4 pr. [bis], 1 [bis], 10, 12, 13, 15 [ter], 16, 17 [ter], 19, 20). La parte che io riferisco al libro 60 *ad edictum* di Ulpiano comincia con le parole « quid ergo... » verso la metà del § 3 e si estende a tutto il § 6. In parte soccorre il diretto confronto (§ 3 cit. = D. 40, 5, 2; § 4 fin.-5 = D. ib., 4 pr.-2); il resto è tutto scritto in modo conforme allo stile ulpianeo, e presenta una migliore connessione che non la stessa redazione dei Digesti.

Il § 7 è aggiunto dai compilatori e si rapporta a C. 7, 2, 15, appena allora pubblicata (531-532), che si basa esplicitamente su Ulpiano *ad edictum*; motivo che può in via eccezionale aver dato occasione all'uso del commentario ulpianeo in questa parte.

TITOLO XII = comp.

TITOLO XIII pr. = GR. + F.? | §§ 1-2 = GR.

Il principio è sicuramente gaiano; cfr. ad es. 1, 142. 2, 246. 3, 88; 182 etc. Ma G. è solito di passare subito alla classificazione senza arrestarsi a definire (2, 191; 192. 3, 88 etc.); non è quindi probabile che a lui appartenga la definizione di « obligatio ». Si può pensare a F., in cui le definizioni sono molto frequenti e sul tipo della presente: D. 23, 1, 1; 3. 1, 5, 4. 11, 7, 42. 30, 116 pr. Anche l'uso di F. di adombrare nel definire l'etimologia del termine, che intende spiegare, qui si mantiene: « *obligatio* est... *vinculum*, quo... *adstringimur* ».

Il § 1 presenta certi segni di origine gaiana: « omnium obligationum summa divisio in duo genera deducitur »; cfr. G. 1, 188. 2, 2 etc.; « ... divisio ... namque ... » (1, 142; 159. 2, 2; 192. 3, 88; 89 etc.; « ... legibus constitutae ... praetor ... constituit » (4, 76: « *constitutae* ... aut legibus aut edicto praetoris »; 4, 118 « vel ex legibus .... vel ex iurisdictione praetoris »); « praetor ex sua iurisdictione constituit » (4, 110; 118).

Altrettanto sicuri sono gl'indizi per il § 2: « sequens divisio in quattuor species deducitur »; « .... divisio .... aut *enim*... » (nota al § 1), « prius est, ut... dispiciamus » (2, 100 etc.); « de quibus singulis dispiciamus ». Il confronto con D. 44, 7, 1 pr. insegna che il testo genuino di GR. deve ad un dipresso restituirsi nel seguente modo:

* Omnium obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut praetoriae ... (sequens divisio *in tres* species deducitur), aut enim ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* .... (prius est ut de his, quae ex contractu sunt dispiciamus. harum *quattuor* species sunt): aut enim re contrahuntur, aut verbis, (aut litteris), aut consensu.

TITOLO XIV pr. = GR. cfr. + GI. | § 1 = GI. | §§ 2-4 = GR. cfr.

Il pr. è preso da GR. (D. 44, 7, 1, 2) e da GI. (3, 90). Il § 1 è preso da G. 3, 91 (il punto ha diversa collocazione e

trattamento in GR.: D. 44, 7, 5, 3); le parole « daturque .... actio » sono emblema o glossema. Il § 2 risponde a GR., D. 44, 7, 1, 3-4; le Istituzioni offrono però nel complesso una più fedele riproduzione del testo primitivo. I Digesti conservano la prima persona plurale; le Istituzioni aggiungono la menzione dell' *actio commodati;* ma nel rimanente queste ultime ci danno una redazione più sicura. Gaiana è certo l'esposizione seguente, che nei Digesti viene abbreviata: « sed is ab eo qui mutuum accepit *longe distat* (ad es. 3, 57; 121); namque non ita res datur, ut eius fiat, et *ob id* (nota a 1, 22, 6) de ea re ipsa restituenda tenetur ». Circa la fine va tenuta presente anche la redazione di G. Epr., D. 13, 6, 18 pr., donde risulta a un dipresso questa ricostruzione:

* alioquin (nelle sole Istit. di Gaio ventinove volte) si quis quasi amicos ad coenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit, dubium non est, quin de restituendo eo argento teneatur.

Anche la fine del § 2, per cui cessa il riscontro coi Digesti, è di origine gaiana.

Il § 3 corrisponde a D. ib., 1, 5. Qui il testo conservato nei Digesti è generalmente migliore; non genuina è l'aggiunta « magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimini cadere ».

Il § 4 corrisponde a D. ib., 1, 6; le parole: « actione pigneraticia » dopo *tenetur* non sono genuine. A GR. deve ascriversi la frase « sed quia pignus... adhiberet »; la misura della responsabilità in relazione al vantaggio ricavato dal negozio non poteva mancare qui, come non manca nelle altre specie affini.

TITOLO XV pr. = GR. + ? | § 1 + GR. ? + comp. | §§ 2-7 = F. ?

Il pr. deriva nella sua prima parte da GR. (D. 44, 7, 1, 7). Dubbia è l'origine dell'ultima parte: « quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens ». È noto che la stessa etimologia offrono le sentenze di Paolo (5, 7, 1): « appellatae quod per eas firmitas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt ». Si può pensare alle Istituzioni di

Paolo; ma non è escluso che si tratti ancora di GR. (per la forma v. il D. 50, 16, 233; cfr. le note a 1, 12, 5). Il § 1 appartiene a GR.: v. gl' incontri con G. 3, 93 (« utrum... an... nihil interest »; « scilicet si ... »; « nec necesse est ... uti ... »; « quin etiam ... » [in G. straordinariamente frequente]). La fine è dei compilatori.

I §§ 2–7 sono di difficile determinazione. L' esame della forma esclude che si tratti di Gaio, di cui in così lungo brano non potrebbero mancare le caratteristiche spiccate. M. è escluso anche per ragione del contenuto; l' esposizione è molto più larga di quello che converrebbe alle brevissime Istituzioni ulpianee; è quindi quasi necessario pensare a F. Tale derivazione non incontra ostacoli: il modo di esposizione non è alieno da quello che ci rivelano i frammenti di F. Ben quattro volte occorre in questo brano la parola « veluti », frequentissima nell' uso di F. (cfr. ad es. D. 34, 4, 14 pr.–1. 18, 1, 43 pr.–1. 2, 14, 57, 1. 45, 1, 65 pr.); l' uso della seconda persona (§ 3) è pure frequente in F. (D. 7, 1, 42, 1. 34, 4, 14, 1. 45, 1, 65 pr.-1). In particolare poi cfr. § 7 « una eademque conceptione » (D. 2, 14, 57, 1 « pactum *conceptum* fuerit »); « clausula (stip[i]) adicienda » (D. 45, 1, 65 pr.).

Titolo XVI pr. = ? | § 1 = F. ? | § 2 = F. cfr.

Il pr. potrebbe anche derivare da U.: a lui accenna la locuzione « ut puta » (1). Il § 1 si può forse attribuire a F.: per la locuzione « in huiusmodi obligationibus » cfr. tit. XV § 1 « in huiusmodi stipulationibus... clausula... huiusmodi ».
Per il § 2 cfr. D. 45, 2, 7.

Titolo XVII pr. = F. ? | § 1 = F. *partim* cfr. | §§ 2-3 — F.

Il pr. può ascriversi a F., da cui è desunto il titolo intero: « hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet », cfr. D. 46, 1, 22 (e proprio a proposito del *reus promittendi* defunto): « hereditas personae vice fungitur ». L' inizio del § 1 si determina col confronto di D. 45, 3, 15: il resto è strettamente connesso. Anche i due paragrafi successivi pendono, come dimostra la stretta congiunzione degli argomenti,

---

(1) Kalb, *Roms Juristen*, p. 25.

dalla fonte medesima. Per il § 2 v. poi « veluti si »: per il § 3 « veluti si »; « nisi si » (D. 1, 5, 4. 19, 2, 36. 41, 1, 4).

Titolo XVIII = Dig.

Il testo è preso da D. 45, 1, 5 = Pomponio *ad Sabinum*. Poche sono le varianti. Fra esse è da notare che le I. al § 1 aggiungono « vel de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio » e al § 2 « vel legatorum ». Tali aggiunte sono buone e paiono genuine. Che sieno cadute nei manoscritti del Digesto? Che i compilatori consultassero l'opera genuina?

Titolo XIX pr. = F.? | §§ 1-3 = F. | § 4 = GR. + F.? | § 5 = GI. + F.? | § 6 = GI. | § 7 = GI. + GR. cfr. | §§ 8-9 = GI. | § 10 = GI. + GR. | § 11 = F. | § 12 = F.? + comp. | § 13 = F. + comp. | §§ 14-16 = F.? + comp. | § 17 = Paul.? | § 18 = ? | §§ 19-20 = Dig. | § 21 = ? | § 22 = Dig. | § 23 = GR.? | §§ 24-25 = ? | § 26 = Dig. | § 27 = F.?

Il pr. è verosimilmente di F.: a tale ipotesi conduce e l'esclusione delle altre fonti e l'esame della forma: « res quae dominio nostro subicitur » (D. 41, 1, 6: « animalia dominio nostro subiecta »). « Sive... sive... » è pure nell'uso di F. Alla stessa fonte spetta anche il § 1 strettamente connesso: diversa è la trattazione in GR. (D. 44, 7, 1, 9): il supplemento di Lachmann in G. 3, 97^a è nei particolari affatto arbitrario (per l'uso di F. cfr. « veluti Stichum »). Continua l'argomento nel § 2 (v. qui pure la diversa trattazione in GR., l. c.): la frase « natura sui dominio nostro exempta » forma il contrapposto di « omnis res quae dominio nostro subicitur ». Forse è preso da GR. l'inciso (omesso in tal caso nei Digesti): « nec in pendenti erit stipulatio *ob id quod* (nota a 1, 22, 6) [publica res in privatum deduci et] ex libero servus fieri potest [et commercium adipisci stipulator potest] et res *stipulatoris* (* mea) esse desinere potest; sed protinus (2, 153) inutilis est ». Il § 3 è attribuito a F. per le ordinarie ragioni; la forma non contrasta sicuramente a tale congettura (« veluti si »; « alium daturum... spoponderit », cfr. D. 45, 1, 65, 1 « daturum te spondeas »; « non obligatur » per accennare alla mancata consistenza della stipulazione: cfr. D., l. c.). È notevole che in

GI. (3, 103) si faccia il caso inverso dello *stipulari alteri:* non questo.

La prima parte del § 4 deriva verosimilmente da GR.; cfr. in parte GI., l. c.: « nihil agitur » (3, 114. D. 45, 2, 16); « plane... »; « ut obligatio quidem stipulatori (* mihi) adquiratur, solvi tamen Seio... recte possit » [1], cfr. D. 45, 1, 141, 3 « constat mihi soli adquiri obligationem, Titio autem... recte solvitur »; « solvi... recte possit », cfr. D. 46, 3, 106. La conclusione « sed placet... adquiri » è stata alquanto modificata dai compilatori: cfr. G. 3, 103. La seconda parte: « Ei qui tuo iuri etc. » è probabilmente presa da F.: anche l'uso della seconda persona, a cui repentinamente si passa, sembra comprovarlo.

Il § 5 nella sua prima parte deriva da G. 3, 102: il resto è verosimilmente preso da F., in cui il punto era largamente trattato (D. 45, 1, 65 pr.). Che qui non si tratti di aggiunte dei compilatori, risulta anche da ciò che nei Dig. essi porgono una diversa soluzione (raggiunta mediante interpolazioni: D. 45, 1, 1, 4). I §§ 6-9 sono presi da G. 3, 104 sgg.: alcune modificazioni sono intervenute in seguito al mutato diritto. In fine del § 7 (= G. 3, 105) si trova un brano di GR. (D. 44, 7, 1, 15). Il § 10 risponde nella sua prima parte a G. 3, 109: la fine deriva da GR., come prova anche l'incontro con G. D. 45, 1, 141, 2.

Il § 11 non può derivare da Gaio (G. 3, 98. GR. D. 44, 7, 1, 11): la derivazione da F. è molto probabile: « impedimento est quominus » (D. 45, 2, 7); « condicio... adiciatur » (D. 45, 1, 65 pr.); « veluti si... ». Ed è parimenti da credersi che da F. venga l'inizio del § 12 (« verborum obligatio... concepta »): il resto è opera dei compilatori.

Anche il § 13 non può attribuirsi a Gaio (molto diversa è la trattazione in G. 3, 100): l'attribuzione a F. non offre difficoltà: anzi occorre attribuire questo passo all'autore della seconda parte del § 4: cfr. « quia patris vel domini voce loqui videtur » (§ 4: « vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur »). Forse da F. viene pure la prima

---

[1] Il testo genuino diceva prima: " veluti si *ego* ita stipul*er* „ (o " stipulatus fuerim „).

parte del § 14 (« praepostere [stip°] *concepta* est »): il resto è dei compilatori. Così dicasi del § 15: « ita... concepta stipulatio »; « veluti si ». Nessun indizio sicuro psesenta il brevissimo § 16.

Il § 17 s' incontra con Paul. *Sent.* 5, 7, 2. Che il passo sia preso direttamente dalle Sentenze non pare, poichè fu omessa la prima parte del citato § 2 che in questo contesto serebbe stata egregiamente collocata (meglio che l' analogo insegnamento nel § 12). Verosimilmente si tratta delle Istituzioni di Paolo.

Incerta è l' origine del § 18: l' esame della forma esclude affatto Gaio. Il § 19 è nella quasi totalità tolto da D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. *ad Sab.*): la fine è probabilmente un riassunto fatto dai compilatori. Il § 20 è pure tolto dai Dig. (45, 1, 38, 20 e 23).

Il § 21 non è di Gaio, come la forma rivela; non può essere neppure di F. (cfr. § 3); non può pensarsi ad Ulp. *ad Sab.*, perchè il punto vi è diversamente trattato (45, 1, 38, 1 e 2). Potrebbe trattarsi delle Istituzioni di Paolo. Il § 22 è desunto da D. 45, 1, 87 (Paul. *ad edict.*) (1).

I criteri formali rendono molto verosimile l' attribuzione del § 23 a GR. (« de alia re... de alia... », v. ad es. D. 45, 1, 141, 5 « aliam quidem rem... aliam... »; « perinde (* proinde) ... ac »; « ad interrogatum responsum non esset », cfr. 3, 102. D. 45, 1, 141, 3; « tu de Pamphilo senseris », v. ad es. D. 35, 1, 17 pr.-1).

Incerta è l' origine dei §§ 24 e 25. È verosimile che si tratti di F., l'autore specialmente adoperato nella compilazione di questo titolo: « veluti si... »: « a promissoris parte » (v. D. 2, 14, 57, 1). Il § 26 è desunto da D. 45, 1, 42 (Pomp. *ad Sab.*). Anche il § 27 si dovrà attribuire a F.: risponde a tale ipotesi l' uso della seconda persona singolare.

Titolo XX pr. § 1 = GI. | § 2 = Dig. | § 3 = ? | § 4 = GI. | § 5 = GI. + GR. | § 6 = GI. | §§ 7-8 = Dig.

Il pr. e il § 1 rispondono (con molte interpolazioni) a G. 3, 115; 117; 119[a]. Per il § 1 cfr. D. 46, 1, 4, 1 (= Ulp. *ad Sab.*).

---

(1) O si tratta di un incontro con le Istituzioni del medesimo autore.

Il § 3, brevissimo, non consente un sicuro giudizio (diversa è l'esposizione di Ulp. nell' opera citata: D. ib., 6, 2). Il § 4 con molte lacune e interpolazioni è preso da G. 3, 121-122. Il § 5 con trasposizioni corrisponde a G. 3, 126: la forma prettamente gaiana consiglia ad attribuire a GR. il rimanente del paragrafo (« minus et plus intellegitur »). Il § 6 deriva da G. 3, 127. Il § 7 è preso da D. 46, 1, 8 pr. (Ulp. *ad Sab.*). Il § 8 corrisponde a D. 45, 1, 30 (Ulp. *ad Sab.*); ma il testo delle Istituzioni è più completo e meglio conservato, donde la verosimiglianza che i compilatori consultassero il libro genuino.

TITOLO XXI = comp.

TITOLO XXII = GI.

Cfr. G. 3, 135-137. Vi sono però alcune differenze. GI. « neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur »; Ist. « neque scriptura neque presentia omnimodo opus est ». La mutazione dipende da C. 8, 37 (38), 14. Le Ist. aggiungono « ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio ». Il Perozzi [1] stima il passo interpolato. « Substantiam capere » nel senso di « ricevere vita » è però frase gaiana (4, 118); mentre non è mai usata nel linguaggio giustinianeo, come ho potuto verificare. Può quindi essere che si tratti di una frase omessa nel codice Veronese o di un' aggiunta tolta da GR.

TITOLO XXIII pr. = GI. + comp. | § 1 = ? + GI. + comp. | § 2 = GI. + GR.? | §§ 3-3[a] = GR. | §§ 4-5 = ?

Il pr. nella sua prima parte è preso da GI. (3, 139): il resto è fattura dei compilatori. Incerta è l'origine della prima parte del § 1: segue un brano preso da G. 3, 140: il resto appartiene ai compilatori. Il § 2 corrisponde a G. 3, 141. Però è verosimile che i compilatori abbiano tenuto presente anche GR.: in luogo di « nostri praeceptores » troviamo nominati « Sabinus et Cassius »: la notizia potevano essi trovare anche in D. 18, 1, 1, 1. Qualche sostituzione può attribuirsi ai compilatori; ma dove ad « absurdum videri » troviamo sostituita

---

(1) *Scritti in onore di F. Schupfer*, I, p. 166 sg.

la frase elegante e gaiana (ad es. 1, 128) « rationem non pati », ritorna spontanea la congettura dell' uso di GR. La chiusa appartiene ai compilatori.

A GR. attribuisco i §§ 3-3ª. Nel § 3 sono interpolate le parole: « cum sine scriptura res agitur » (« quod effici diximus simul atque de pretio convenerit » è genuino: cfr. G. Epr. D. 18, 1, 35, 5); « cui necesse est... solvere »; « in eo venditor securus est » (G. 2, 215 e spesso in RC.). Per il § 3ª cfr. « animadvertendum erit » (G. 1, 52; 83. 4, 1); « securus erit »; « idem... intellegemus »; « utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori » cfr. D. 18, 1, 35, 4 (G. Epr.): « securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori »; « quia sane » (nelle sole Ist. di G. *ventotto* volte).

Il § 4 forse deriva da F., a cui si devono le analoghe osservazioni (XV, 2; XVI, 2): cfr. « veluti ». Ancora più incerto è il giudizio sul § 5, che fu gravemente ritoccato dai compilatori.

TITOLO XXIV pr. = GR. cfr. + comp. | § 1 = GR. + GI. ? | § 2 = GR. + Dig. | § 3 = GI. + comp. | § 4 = GI. | § 5 = GR. | § 6 = ?

Il pr. si determina col confronto di D. 19, 2, 2 pr. Aggiunte dai compilatori sono le parole « et competit locatori-vero conducti ». Il § 1 nella sua prima parte deriva — come si può riconoscere nonostante le interpolazioni — da GR.: « quae supra diximus... eadem... dicta esse intellegamus »: cfr. per l'analogia anche G., D. 19, 5, 22. Poi segue un brano corrispondente a G. 3, 143: potrebbe, del resto, trattarsi pur sempre di GR. La fine è alterata dai compilatori. Chiara è l'origine gaiana della prima parte del § 2: « praeterea »; « sicut vulgo quaerebatur » (* quaeritur) (cfr. 1, 190. 2, 61; 90; 95; 119. 3, 110; 141. 4, 51; 104; 153. D. 8, 6, 3. 50, 16, 233, 2. 46, 1, 70, 5). Interpolata è la decisione: « et placuit - contractus ». La fine è presa da D. 19, 5, 17, 3 (Ulp. *ad Ed.*): interpolate sono le parole « neque locati neque conducti ». Il § 3 risponde a G. 3, 145: il resto è dei compilatori. Il § 4 è preso da G. 3, 147.

L'attribuzione del § 5 a GR. si appoggia su varii argomenti: « omnia secundum legem conductionis facere debet »

(la stessa frase in G. Epr. D. 19, 2, 25, 3); « id ex bono et aequo debet praestare » (G. 3, 137); « talis custodia... qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet » (D. 19, 2, 25, 7. 18, 1, 35, 4. 13, 6, 18 pr.); « quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit » (cfr. D. 18, 1, 35, 4).

Oscura è l' origine del § 6, mancando segni distintivi.

TITOLO XXV pr. = GR. | §§ 1-3 = GR. | § 4 = GI. | § 5 = GI. + Dig. | §§ 6-7 = Dig. | § 8 = GR. ? + comp. | § 9 = GR. *partim* cfr.

Attribuisco il pr. a GR., nonostante la parziale coincidenza con GI. (3, 148): le aggiunte sono infatti buone e conformi all' uso gaiano e presuppongono il rimanente, cfr. « quam graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant » (nota a 3, 6, 3): « aut olei vini frumenti emendi vendendique » (notevole per gli asindeti).

Anche i §§ 1-3 attribuisco a GR., nonostante gli incontri con G. 3, 149-150. L' ordine è migliore nel nostro testo che in GI. In questo si tratta il quesito, se sia lecito che un socio « maiorem partem lucretur, minorem damni praestet »; indi si esamina l' ipotesi del silenzio delle parti, e da ultimo quella che siansi determinate le parti solo pel lucro o solo pel danno. Nelle Ist. invece si fa: 1° il caso che le parti siansi espresse; 2° quella del loro silenzio; 3° il caso che abbiano pattuito una inversa ripartizione del lucro e del danno; 4° il caso che abbiano fissato solo la quota dei lucri o quella dei danni. Del resto cfr.:

§ 1: « si nihil de partibus l.ⁱ et d.ⁱ... convenerit » (G. 3, 150); « aequales *scilicet* partes »; « nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio ».

§ 2: « de illa sane conventione quaesitum est »; « contra sentit » (G. 3, 156); « adeo contra Q.ⁱ M.ⁱ sententiam optinuit, ut... »; « quod tamen ita intellegi oportet, ut... ».

§ 3: « Illud expeditum est... » (per formole affini v. 2, 78. 3, 69; 150; 157. 4, 54. D. 40, 12, 13 pr.-1 etc.). V. poi G. 3, 150.

Per il § 4 cfr. G. 3, 151 e per l' inizio del § 5 G. 3, 152. La fine del § 5 e i §§ 6 e 7 sono, con riduzioni, desunti da D. 17, 2, 65, 9; 10; 12 (Paolo *ad Ed.*).

Il § 8 è una trasformazione di un testo di Gaio (verosimilmente GR.: cfr. G. 3, 154: per le frasi della chiusa G. 3,

153) fatta con riguardo al mutato diritto, donde il carattere bizantino della sua prima parte (« mole debiti praegravatus »; « substantia eius »).

Il § 9 ascrivo tutto a GR. Cfr. « quaesitum est; praevaluit tamen ... » (3, 149). La seconda parte, poi, si può determinare col diretto confronto: D. 17, 2, 72.

TITOLO XXVI pr. — § 5 = GR. cfr. | § 6 = GR. cfr. + comp. (ex GI.) | §§ 7-8 = GR. | §§ 9-10 = GI. | § 11 = Paul. | § 12 = ? | § 13 = GR.

Per il primo gruppo cfr. D. 17, 1, 2. È però da avvertire una differenza notevole nell' ordine della trattazione. Le Istituzioni ordinano la materia nel seguente modo:

1º mandato nell' interesse del mandante . . (§ 1)
2º » » » e del mandatario . . . . (§ 2)
3º mandato nell' interesse di un terzo . . . (§ 3)
4º » » » e del mandante. . . . . (§ 4)
5º mandato nell' interesse di un terzo e del mandatario . . . . (§ 5)

Indi si parla del mandato nell' esclusivo interesse del mandatario. Invece nel D. l' ordine della trattazione è il seguente:

1º mandato nell' interesse del mandante . . (§ 1)
2º » » di un terzo . . . (§ 2)
3º » » » e del mandante. . . . . (§ 3)
4º mandato nell' interesse del mandatario e del mandante . . . . (§ 4)
5º mandato nell' interesse del mandatario e di un terzo . . . . (§ 5)

L'ordine delle Istituzioni appare migliore; prima si esauriscono i casi, in cui viene in considerazione solo l' interesse delle parti; indi si procede a quelli, in cui viene in considerazione anche l' interesse di un terzo. Però, appunto, l' inverosimiglianza che nei Digesti si abbandonasse un ordine migliore, se questo si fosse trovato nel testo genuino; lo sforzo evidente

nelle Ist. di rendere ben chiaro lo schema scolastico (con la introduzione dei « quinque modi » etc.) fanno pensare che in esse l' ordine primitivo venisse ritoccato. D' altra parte GR. esplica il testo di GI. « ... sive nostra gratia mandamus, sive aliena... » : questi sono i due casi ai quali è anzitutto rivolta l'attenzione; gli altri sono assunti per integrare l'esposizione.

Ai compilatori vanno attribuiti i *quinque modi*, le sostituzioni pronominali e personali; la frase « de communibus... gerendis » (§ 4) in luogo dell' altra: « ut... gereres » (D. 17, 1, 2, 3). Viceversa le Istituzioni hanno conservato il genuino « spondere » (§§ 1; 3; 4) in luogo del sostituito « fideiubere » (D. 17, 1, 2, 1-3) e al § 2 hanno conservato tutto il brano « aut si volente... debuerat » omesso in D. 17, 1, 2, 4 per riguardo a C. 8, 40 (41), 28 [1].

Il § 6 è, a mio avviso, genuino nella prima parte fino alle parole « an expediat consilium », come il corrispondente D. 17, 1, 2, 6. Le obbiezioni del Mancaleoni [2] non tengono, a mio avviso, di fronte ai criteri formali: « intervenit mandatum »; « ex diverso »; « cuius generis mandatum »; « et ob id »; « liberum est cuique » (D. 2, 11, 6. 29, 4, 17 etc.); « explorare » (4, 166ª. D. 50, 17, 42). I dubbi sollevati concernono l' aggettivo « obligatorium » e l' uso della voce « pecuniae » [3] al plurale. La prima parola non si trova nel residuo materiale gaiano; però s' incontra anche nel successivo § 7 Inst., di origine indubbiamente gaiana. Che Gaio poi scegliesse qui questo termine a lui insolito, si comprende, quando si pensi alla necessità di trovare una parola che esprimesse l' antitesi del « consilium » di fronte al mandato generatore di obbligazione. Osservo poi che, come appare dal vocabolario del Longo [4] il termine « obligatorius » è straniero ai compilatori. *Pecuniae* si può difendere, in questo caso, pensando che il giurista vuol significare « il complesso dei denari esistenti nel patrimonio del mandatario ». La seconda parte del § 6 è invece una compilazione sulla base di G. 3, 156; nelle *res cottidianae* il caso era già stato trattato sotto altro punto di vista (§ 5) e dalle

---

(1) Cfr. APPLETON, *Sources*, p. 108 sg.

(2) *Mandatum tua gr.*, Torino 1899, p. 18 sgg.

(3) Cfr. lo stesso A. in *Filangieri*, 26, 1901, p. 88, n. 3.

(4) *Bull. Ist. dir. rom.*, 10, p. 351.

abbreviazioni dei compilatori sono risultate manifeste incongruenze (« eam emisse vel credidisse »).

Il § 7 deriva pure da GR., come prova anche l' ottima osservazione « licet enim poenam .... adversus Titium actionem », che non si trova in G. 3, 157. La frase « de furto (aut damno) faciendo aut de iniuria facienda tibi mandet » è sostituita alla genuina *tibi mandem ut T.º f.um aut ini.am facias*; la sostituzione è derivata dal mutamento delle persone e dei pronomi.

Uguale origine ha il § 8: in piccola parte è possibile anche il diretto confronto (D. 17, 1, 4). V. del resto i seguenti indizi: « ut ecce »; « ut pro Tito *sponderes* »; « pluris emere »; « adeo quidem ut ». Il confronto col citato passo dei Digesti prova che il relativo testo genuino era così concepito: « sed Proculus (ceterique) diversae scholae auctores recte eum usque ad *c. sestertios* acturum existimant; quae sententia sane benignior est ». Non condivido l' opinione del Riccobono [1] contraria alla genuinità di questo passo. La duplice interpolazione non è probabile, data la reciproca indipendenza dei due testi. Una osservazione di quel genere non prova neppure che Gaio seguisse tale opinione; v. un esempio, e proprio coll'avverbio « sane » (straniero all' uso giustinianeo), in G. 3, 98. Per analogia v. poi ad es. 3, 109 « benignior iuris interpretatio facta est ».

Per i §§ 9 e 10 cfr. G. 3, 159; 160, col solito scambio pronominale. Per il § 11 s' impone il confronto con D. 17, 1, 22, 11 (Paul. *ad Ed.*). Le differenze si possono forse spiegare coll' influenza di GR. (cfr. l' esposizione in G. Epr. D. 17, 1, 27, 2 « id ipsum *cum primum poterit* debet mandatori nuntiare »); io non credo che i compilatori consultassero qui l' opera genuina di Paolo. Dubbia è l' origine del § 12.

Il § 13 si può attribuire a GR.; vedi i molteplici incontri con G. 3, 162; buona è pure la parte, che non ha riscontro in GI. (« quibus casibus .... his casibus », cfr. ad es. 1, 87; « interveniente mercede »). Alterata è la fine: « mercede .... promissa » non può avere scritto Gaio. Invece di *et ideo* il testo originale doveva dire « veluti », e fermarsi alla parola « sarcienda ». Il senso è questo: « in tali casi, intervenendo

---

(1) *Bull. Ist. dir. rom.*, 7, 233.

la mercede, s' intende contratta una locazione conduzione (di opera), come quando si dà al tintore da pulire o mettere a nuovo un abito o al sarto da cucirlo ». E non è improbabile che analogo fosse il discorso in GI., dove pertanto è da ritenere che sia caduto forse per omeoteleuto un brano analogo a quello che abbiamo determinato; così si eviterebbe la inverosimile ipotesi di un tintore o di un sarto che lavorino per mandato!

TITOLO XXVII pr. = GR. | § 1 = GR. cfr. | § 2 = GR. *partim* cfr. | §§ 3-4 = GR. | §§ 5-6 = GR. *partim* cfr. | § 7 = GR. + comp.

Pr.: « genera contractuum » (il resto della frase è stato alterato); « dispiciamus de his obl.ibus »; « proprie... ex contractu nasci intelleguntur »; « ex maleficio substantiam capiunt ». § 1: si determina col confronto di D. 44, 7, 5 pr. (cfr. anche G. Epr. D. 3, 5, 2). Le divergenze sono molte: ora omettono le Ist. ed ora i Dig. una parte del testo genuino, e viceversa troviamo nelle due compilazioni diverse interpolazioni. Un tentativo di ricostruzione del testo originario parmi opportuno a titolo di schiarimento:

* Igitur cum quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide (dare facere) praestare oportet; si vero sine mandato, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri (dare facere) praestare oportet. quas ex nullo contractu nasci manifestum est: nec enim is qui gessit cum absente contraxisse creditur; nec ullum maleficium est sine mandato suscipere negotiorum administrationem: longe *minus* is, cuius negotia gesta sunt, cum *ignoraverit*, aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest. sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti sunt, desererentur negotia, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant; deinde, novis causis intervenientibus, ex ne-

cessitate diutius absunt [1] quorum negotia disperire iniquum est, quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impedisset nullam habiturus esset actionem.

L' altra ipotesi, che aggiungono i Dig., è in questa connessione addirittura ridicola. Niuno curerebbe i negozi altrui... se non potesse venire giudiziariamente astretto al rendiconto!

La fine del § 1 con molte alterazioni di forma ritengo presa pure da GR.: cfr. per il modo dell' esposizione, ad es., D. 44, 7, 1, 4.

Il § 2 si può parzialmente confrontare con D. 44, 7, 5, 1. Invece non ha riscontro nel Dig. il § 3, di cui non è dubbia la stessa origine: « si inter aliquos communis sit res sine societate » (cfr. G. Epr. D. 10, 3, 2 pr.); « quod... in eam rem... impensas fecerit » (cfr. D. ib., 11); « non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse ». Interpolata è verosimilmente la frase « quasi ex contractu teneri ».

La stessa derivazione deve ammettersi per il § 4: « idem iuris est... ». Il fr. 5 risponde al D. cit., 5, 2. Le Istituzioni fino a « ... dici potest » ci offrono un testo meglio conservato: invece la chiusa genuina è mantenuta nei Digesti: « maleficium autem nullum in ea re esse plusquam manifestum est » (G. 1, 87. 2, 28; 48. 3, 216. 4, 132. D. 5, 3, 39 pr. 7, 1, 45. 41, 1, 43, 1 etc.).

Il § 6 corrisponde al D. cit., 5, 3. Le varianti sono molte. Il testo genuino (cfr. G. 3, 91) si può ad un dipresso ricostruire così: « * Is qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, obligatur; sed non potest intellegi is qui ex ea causa tenetur ex contractu obligatus esse; nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. sed tamen proinde is qui accepit obligatus est, ac si mutuum accepisset et ideo c. t. ».

Il § 7 in. deriva pure con qualche alterazione da GR.: « ex legato (per damnationem relicto) ». Il resto è dei compilatori.

TITOLO XXVIII pr. = GI. + comp. | §§ 1-2 = GI. | § 3 = GI. + comp.

Cfr. G. 3, 163-165; 167.

---

[1] Per simili osservazioni psicologiche in GR. v. D. 40, 9, 10.

TITOLO XXIX pr. = GR. | § 1 = GI. + Dig. + GI. + comp. | § 2 = GR. ? | § 3 = GI. | § 3[a] = comp. | § 4 = ?

Il pr. è attribuito a GR. e per il parziale incontro con GI. 3, 168 e per indizi formali: « interest... utrum... an »; « ex contrario »; « contingit » (1, 189. 2, 75; 176 (idem contingit). 3, 80; 90 etc.); « alio solvente » è sostituzione dei compilatori.

Il § 1 risponde nella sua prima parte a G. 3, 169. Indi segue un brano corrispondente a D. 46, 4, 8, 4 (Ulp. *ad Sab.*) (1). Riprende poi G. 3, 170. La fine è formata dai compilatori sulla base di G. 3, 172.

Il § 2 è probabilmente preso da GR. La derivazione da F. (D. 46, 4, 18, 1) è un supposto del tutto arbitrario; i due passi non s' incontrano che nella formola della stipulazione, ciò che manifestamente nulla significa: « prodita stipulatio » (G. 4, 11; 75; 118); « quae vulgo aquiliana appellatur » (nota a 3, 24, 2); « contingit »; « composita est »; « item e diverso ».

Il § 3 corrisponde a GI. 3, 176-177; 179 in. Il § 3[a] è opera dei compilatori.

Incerta è l'origine del § 4, indubbiamente preso da fonte classica. *Hoc amplius* non trovo in Gaio: tre volte sta in GI. « *et* hoc amplius » (3, 127. 4, 166[a]; 167).

LIBRO QUARTO

TITOLO I pr. = GR. *partim* cfr. | §§ 1-2 = Dig. | § 3 = GI + Dig. + GI. | § = GI. + GR. ? + comp. | § 5 = GI. | §§ 6-7 = GI. | § 8 = GI. + comp. | §§ 9-10 = GI. | § 11 = GI. + GR. | § 12 = GR. | §§ 13-14 = GI. | § 15 = GI. | § 16 = GI. + comp. | §§ 17-18 = GI. | § 19 = ?

Il pr. (pure ammettendo qualche modificazione) deve ascriversi a GR.: in parte è anche possibile il confronto, v. D. 44, 7, 4. Del resto, si osservi: « cum expositum sit... »; « sequitur ut... dispiciamus ».

Il § 1 deriva da D. 47, 2, 1, 3 (Paul. *ad Ed.*); il § 2 dal D. cit., 1 pr. La prima parte del § 3 risponde a G. 3, 183:

(1) Forse il breve passo era riferito in qualche antico scolio delle Istituzioni gaiane.

indi segue un passo derivante dal D. cit., 3 pr. (Ulp. *ad Sab.*). Da ultimo si riprende, non senza varie mutazioni, con G. 3, 184-185 (cfr. G. Epr.. D. cit., 8).

Per il § 4 cfr. anzitutto G. 3, 186-188. Non consta donde sia stata tratta la notizia circa l'*actio furti non exhibiti*: il resto è dei compilatori. Il § 5 riproduce in compendio G. 3, 189-190. Per i §§ 6-7 cfr. G. 3, 195-197 (l'*affectus furandi* in luogo del « dolus malus » deriva forse da GR.: cfr. del resto G. 2, 50: D. 41, 3, 37 pr.).

Il § 8 è formato da G. 3, 198, oltre un'aggiunta dei compilatori. Circa i §§ 9-10 cfr. G. 3, 199-200. Il § 11 risponde nella prima parte a G. 3, 202: la seconda parte è tolta da GR. (cfr. gli incontri con G. Epr. D. 47, 2, 55 [54], 4): essa è sicuramente genuina [1]. Criterii formali fanno attribuire a GR. anche il § 12 (« nec ex alia ulla causa »; « quia utique f^um^ committitur »; « convenienter »; « quia verum est »). Per *ullus alius* cfr. G. 1, 53. 2, 49; 267. 3, 104; 211 etc. I §§ 13-14 corrispondono a G. 3, 203-204. Nel secondo è aggiunta l'osservazione: « etiamsi idoneum .... in personam agere »; essa è di incerta origine; nei Dig. (D. 47, 2, 12, 2, Ulp. *ad Sab.*) il pensiero è diversamente espresso. Il § 15 corrisponde a G. 3, 205. La parte mediana è probabilmente desunta da qualche antico scolio ai commentari di Gaio. Il § 16 risponde nella prima parte a G. 3, 206: il resto è dei compilatori. Il 17 risponde a G. 3, 207; il 18 a G. 3, 208. Incerta è l'origine del § 19; non è però improbabile la derivazione da GR. Cfr. G. Epr. D. 47, 2, 55 (54), 3: Inst. « furti actio... tantum ad poenae persecutionem pertinet » = D., l. c. « furti actio ad poenae persecutionem pertineat »; Inst. « ipsius rei persecutionem... habet... aut vindicando aut condicendo » = D., l. c.: « condictio vero et vindicatio ad rei reciperationem ».

TITOLO II pr. = GI. + ? | § 1 = GR. + comp. | § 2 = Dig.

Il pr. risponde nella prima parte a G. 3, 209; la seconda parte deriva dalla stessa fonte, donde è preso I. 4, 1, 19: è molto verosimile poi che il passo sia stato alterato dai compilatori. Il § 1 deriva da GR.: « cui scilicet conveniens est »;

---

[1] PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, II, c. 1.

« ... ita ... si ... » (ad es. 3, 197). Il passo è, però, anche nella prima parte stato alterato; il testo genuino va a un dipresso ricostruito così: « * Qui aliquo errore inductus [1], suam rem esse (putans), eam rapuit » etc.; tutta la seconda parte è dei compilatori. Circa il § 2 cfr. D. 47, 6, 2, 22-23 (Ulp. *ad ed.*).

Titolo III pr. = GI. | § 1 = GR. + comp. | §§ 2-3 = GR. | §§ 4-5 = Paul. | §§ 6-8 = GR. | §§ 9-11 = GR. | § 12 = comp. | § 13 = GI. + ? | § 14 = GR. + GI. | §§ 15-16 = GI. + ?

Il pr. corrisponde a G. 3, 210. Il § 1 nella prima parte deriva da GR. La controversia era certo nota a Gaio (Epr. D. 9, 2, 2, 2). Circa i criteri formali cfr. « quod ... cavetur, eo pertinet, ut ... » (oltre il tipo ordinario di costruzione gaiana: cfr., ad es., 4, 184); « cautum esse intellegamus »; « appellatione continentur » (D. cit., 2, 2: la frase è comunissima in G.: D. 50, 16, 51; 233, 2. 47, 9, 9. 50, 16, 236 pr.; 152. 22, 5, 5 etc.). I compilatori hanno poi aggiunto la citazione di Marciano, che possono avere ricavato tanto dai Digesti (D. 32, 65, 4), quanto dall' opera originale. Il § 2 è probabilmente preso da GR.; in G. Epr. si fa lo stesso esempio (D. 9, 2, 4 pr.) per illustrare la stessa tesi (v. il nesso col fr. 3): « occidere intellegitur ». Per il § 3 cfr. « casu occidit » (G. 3, 211); « si modo .... »; « nam alioquin .... ex culpa quisque h. l. tenetur » (ad es. D. 9, 2, 8; 51).

I §§ 4-5, che sono fra loro strettamente connessi, attribuisco alle Istituzioni di Paolo. Il § 5 fa il caso del « putator », il quale è trattato sotto varii aspetti da Paolo: D. 9, 2, 31, Paul. *ad Sab.*; D. 48, 8, 7, Paul. *de publ. iud.*; *Sent.* 5, 23, 12). Vi è pure qualche analogia di espressione: « putator ex arbore deiecto ramo », cfr. l. 31 cit. « putator ex arbore ramum cum deiceret »; « prope viam publicam aut vicinalem » rende il « facere iter per publicum aut per privatum »; « si praeclamavit » è il consueto verbo usato da Paolo; « culpae reus est » (ad es., Paul. D. 9, 2, 30, 3); « nulli extraneo » (cfr. in

---

[1] Cf. G. 4, 178 " licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere ".

questo solo titolo dei Dig. Paul. fr. 31 « nullum iter » ; fr. 40 « nullas vires ») (1). Per il § 4 (oltre il resto già avvertito) cfr. « nulla culpa ».

Certa è l'origine dei §§ 6-8 da GR. Per il § 6 cfr. pure G. Epr. D. 9, 2, 8 pr.: « dereliquerit curationem » (l. 8); « *ob id* mortuus fuerit » ; « culpae reus » (l. 8). Per il § 7 cfr. l'incontro con G. Epr. D. 50, 17, 132. L'esempio era trattato anche in G. Epr. nella medesima connessione, come si argomenta dal nesso tra D. 9, 2, 7, 8 e il fr 8 pr.: « aut perperam ei medicamentum dederit » (l. 8 pr.); « medicamento perperam usus fuerit ». Circa il § 8 v. D. 9, 2, 8, 1, con cui è quasi completa la coincidenza.

La stessa derivazione ha il § 9: v. gl' incontri con G. 3, 214 e per una riprova I. 4, 6, 19; « his verbis .... sententia exprimitur » (cfr. 3, 76). La seconda parte, per cui non v'è materia di raffronto, contiene anche più evidenti indizi formali: « qua ratione » ; « creditum est » (2); « quisque obligatur » ; « aliquando longe pluris » ; « quae transitura fuisset » (nota a 1, 6, 1).

La determinazione del § 10 è agevolata dalle analogie offerte da G. 3, 212; lo stesso dicasi circa il § 11 con riguardo a G. 3, 213: « liberum est », v. nota a 3, 26, 6. Il § 12 si deve ai compilatori. Il § 13 segue G. 3, 217 fino alle parole: « ... hoc verbo continentur ». La chiusa è di incerta origine: « denique » (= ideo) accenna ad Ulpiano (3). La prima parte del § 14 è certamente derivata da GR.: « illud palam est... » ; « quemque teneri » : il resto coincide con G. 3, 218. Con G. 3, 218 coincide pure il § 15; in luogo di « legislatorem contentum fuisse » si legge però « plebem romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse ». La sostituzione potrebbe essere opera dei compilatori; ma non è escluso che invece di GI. essi qui adoperassero GR.

Il § 16 risponde a G. 3, 219: le parole « aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur » sono forse genuine e

(1) Queste due ultime locuzioni sono citate per mostrare che non sono aliene da Paolo; del resto s'incontrano anche in Gaio e in altri giuristi.

(2) Sull'uso di *credere* in questo senso, speciale a Gaio e a Trifonino, cfr. KALB, *Roms Jur.*, p. 79.

(3) KALB, *Roms Jur.*, p. 19.

omesse per incuria nel codice veronese. Oscura è l' origine dell' ultima parte, verosimilmente alterata, del paragrafo.

TITOLO IV pr. = Paul. | § 1 = GI. | § 2 = GI. + Paul. | § 3 = GI. | § 4 = GI. + ? | § 5 = ? | § 6 = ? + Dig. | § 7 = GI. + ? | § 8 = ? + Dig. ? | § 9 = GI. + Paul. | § 10 = ? + comp. | §§ 11-12 = Dig.

Il principio s'incontra con Paul. *lib. sing. de iniur.* (Coll. 2, 5, 1): è da pensare alle Istituzioni di Paolo. Il § 1 coincide sostanzialmente con G. 3, 220; però è più completo e forse deriva da GR. (agg. « composuerit ediderit dolove malo fecerit quo quid eorum fieret »; « praetextatamve »; « sive cuius pud.[a] attemptata esse dicetur »; « admitti iniuriam *manifestum est* »). Nella prima parte il § 2 coincide, con le ordinarie sostituzioni personali, con G. 3, 221. La seconda parte coincide con D. 47, 10, 2, Paul. *ad ed.*: non è inverosimile che si tratti delle Istituzioni di Paolo, a cui si dovrebbe in tal caso attribuire anche la chiusa. Il § 3 è preso, non senza alterazioni, da G. 3, 222. Oscura è l'origine del § 4: qualche analogia di forma vi è con D. 47, 10, 16 di Paolo *ad ed.*, che tratta la medesima questione, però in questo passo si dà una diversa soluzione; la stessa analogia formale ha, del resto, poco peso, trattandosi in ambo i passi di una evidente allusione al « bonum aequum » della formula.

Alla stessa fonte, che non possiamo con sicurezza determinare, appartengono, come prova il nesso degli argomenti, anche il § 5 e il § 6 in. Il resto del § 6 coincide con D. 47, 10, 15, 48 (Ulp. *ad ed.*). Il § 7 nella sua prima parte riproduce abbreviati G. 3, 223-224; la seconda parte è stata alterata, ma non fabbricata dai compilatori, e non appare donde possa essere stata desunta. La prima parte del § 8 può venire da GR.: « actionem introduxit » cfr. 3, 192; 209; 216. 4, 11; 28; 38 etc.; « ob eam rem quod » (ma son forse parole esistenti nella legge) (1). Per la fine v. D. 47, 10, 5, 2 (Ulp. *ad ed.*). La prima parte del § 9 proviene da G. 3, 225: le parole « in conspectu praetoris » appartenevano verosimilmente al testo originario di GI. (2). La seconda parte è probabilmente tolta dalle Istitu-

(1) Cfr. KALB, *Roms Jur.*, p. 6.

(2) Labeone, apud Ulp. D. 47, 10, 7, 8.

zioni di Paolo: v. per analogia D. 47, 10, 8. Per la fine v. D. h. t., 9, 2 (Ulp. *ad ed.*). Il § 10 nella sua prima parte è forse desunto dalle Istituzioni di Marciano (14, *ad legem Corneliam*): v. la sfigurata riproduzione parziale in D. h. t., 37, 1. Il resto è dei compilatori. I due ultimi paragrafi sono estratti dai Digesti: D. 47, 10, 11 pr.–1 (Ulp. *ad ed.*).

TITOLO V pr. = GR. cfr. | § 1 = GR. *partim* cfr. | §§ 2-3 = GR. cfr.

Il pr. si confronta con D. 44, 7, 5, 4: le parole « et in quantum... sustinebit » sono interpolate. Il § 1 corrisponde a D. 44, 7, 5, 5 fino alle parole « ... alicui nocere ». Anche il resto è della stessa origine, come prova anche la comparazione con D. 9, 3, 7 (G. Epr.: v. anche D. 9, 1, 3), dove lo stesso concetto è esposto quasi con le medesime parole. Il § 2 risponde pure al § 5 cit.; i Dig. dicono « neque de p° neque noxalem dandam esse a^{em} », meglio che le I. « nullam esse a^{em} »; ma queste bene aggiungono: « quod et... litem s. f. ». Il § 3 risponde al § 6 ib. e contiene qualche emblema.

TITOLO VI pr. = GI. (*rest.*) + Dig. | §§ 1–2 = GR. + comp. | § 3 = GI. + GR. + comp. | § 4 = GR. | § 5 = GR. | § 6 = M.? + comp. | § 7 = GR. | § 8 = GR. + comp. | § 9 = GR. | §§ 10–11 = Paul.? | § 12 = GR.? + comp. | § 13 = GR.? | §§ 14–15 = GI. | §§ 16–18 = GR. | § 19 = GR. + comp. | § 20 = ? | §§ 21–22 = GR. | § 23 = GR. + comp. | § 24 = comp. | § 25 = ? | § 26 = GR. + comp. | § 27 = GR. | § 28 = GR. + comp. | § 29 = comp. | § 30 = GR. + comp. | §§ 31-32 = GR. + comp. | § 33 = GR. + comp. | §§ 33^{a}-33^{d} = GR. | § 33^{e} = comp. | § 34 = GR. + comp. | § 35 = GR. + comp. | §§ 36-37 = GR. | § 38 = ? | § 39 = GR. | § 40 = ?

Il pr. è preso certamente da GI. 4, 1 (rest.) nella sua prima parte; nel rimanente da D. 44, 7, 5 (Celso). Il § 1 deriva da GR.: « quibus inter aliquos apud i. a. v. de quaque re quaeritur »; « summa divisio in duo genera deducitur »; « aut enim... » (note a 3, 13, 1–2); « qui ei obl. est vel ex c^{u} vel ex m° » (cfr. G. 4, 2); « proditae actiones sunt ». « Agit unusquisque » sta in luogo del genuino « agimus ». Il § 2 ha la stessa ori-

gine: « agat », che poi è senza soggetto, è sostituzione in luogo di « agamus »; « eiusdem generis est actio »; « sed negativae » (G. 4, 3); « quod genus actionis ». Anche la fine « sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes optinet » spetta a Gaio: il latino ottimo presenta tutti i caratteri di questo scrittore (*sane* [nelle sole Ist. 28 volte], ***uno casu, partes optinet***); al latino giustinianeo è invece straniera la voce « sane » (1) e insolita la dizione « uno casu » (« ***in*** uno casu » sarebbe, invece, dizione giustinianea) (2). Ai compilatori non spettano quindi che le ultime parole « sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit » (3). La conclusione, che si può dire certa, è che l'esempio, recato da Gaio, non fosse, senza modificazioni gravi, riproducibile, e che quindi il compilatore si accontentasse di un rinvio generico ai Digesti, in cui a suo credere si trovava qualche cosa di simile. I ricercatori dell'***unus casus*** sono quindi avvisati; devono indagare nell'antica procedura qualche esempio non più vivo o almeno non immutato nel diritto giustinianeo. Nel § 3 è verosimile che i compilatori abbiano voluto abbreviare in poche linee il discorso che è in G. 4, 10-36; forse approfittarono di analoga esposizione in GR.: « sed istae quidem actiones... » (4, 30); « quarum mentionem habuimus » (cfr. G. 4, 69); « vel ex diverso ». E da GR. dovette desumersi l'ultima parte: « (ut) ecce... possessor ». La mano dei compilatori appare da frasi aliene da Gaio quali « exemplis ostendere »: « et si quae sunt similes ». Alterato dai compilatori, che hanno sostituito la descrizione del fatto alla esposizione delle formule, è il § 4, di cui non si può disconoscere l'origine gaiana (« proditae sunt i. c. a^{es} »; « quia sane durum erat » (2, 173): v. il nesso col § 5 e, per la rassegna delle « causae traditionis », GI. 2, 20. Di stile evidentemente gaiano è il § 5 (« rursus ex diverso »: 3, 201. 2, 52 etc.; « quod genus actionis »; « aequitate rei motus »: 3, 73; « pr. accommodat »: 4, 118; 144 etc.; « et *ob id...* »). La frase « ut dicat possessorem usu non cepisse » è sostituita alla riproduzione della formula. Il § 6 è stato alterato gravemente dai compila-

(1) KALB, *Jagd nach Int.*, p. 24 sg.
(2) GRADENWITZ, *Int.*, p. 88 sg.
(3) Cfr. KALB, l. c., p. 25.

tori: non presenta segno di origine gaiana. Forse è da pensare a Marciano, che nel lib. XV delle Istituzioni trattava sicuramente, almeno *per incidens*, della revoca degli atti del debitore. A lui, infatti, accenna l'eclusiva menzione del *praeses provinciae* (cfr. Introduzione). Invece a GR. va ricondotto il § 7: « quantum ad actionem hyp... nihil interest » (1, 73 etc.); « hac appellatione continetur » (nota a 4, 3, 1); « pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus »; cfr. anche per il concetto D. 50, 16, 238, 2 (in confronto specialmente di Marciano, D. 20, 1, 5, 1); « inter... differentia est »; cfr. D. 50, 16, 58 pr. (cfr. pure 2, 18; 172; 205; 284. 4, 66 etc.). Il § 8 appare fortemente abbreviato da GR. (« a^{es} propositas habet pr. » = 4, 118) con aggiunta dei compilatori. Il § 9 manifesta pure origine gaiana (*agitur* sta per *agimus*), cfr. « nulla scilicet $stip^{e}$ interposita »; « nam alioquin ». Il § 10 non ha schietta impronta gaiana; la frase « actiones... comparavit praetor » è però abituale a Gaio (v., ad es., 4, 35; 70; 71 etc.) ed il contrapposto « licet *ipso iure* [1] non teneantur, aequum tamen est.... » risponde a quello di G. 4, 116 « iure civili teneantur, sed iniquum sit... ». La frase *peculio tenus* non si trova negli scritti gaiani a noi pervenuti e, poichè tale uso di « tenus » è fra i giuristi quasi esclusivo di Paolo [2], non sarebbe fuor di luogo pensare alle Istituzioni di Paolo. Nè ripugna all' uso di Paolo la dizione « condemnari eos »; mentre Gaio avrebbe scritto « eos $c.^{i}$ », e sarebbe da supporre una trasposizione da parte dei compilatori. Il § 11 è strettamente connesso col precedente: il superlativo « iustissime » è ignoto a Gaio. Probabilmente da GR. è stato desunto il § 12: gaiana è la chiusa « et alias innumerabiles » (2, 13. 4, 33; 46): in ogni caso il passo è stato ritoccato dai compilatori: « *bene* multas » (cfr. I. 4, 8, 7). Anche il § 13 devesi attribuire alla fonte medesima: « ex ipsius pr^{is} iurisdictione substantiam capiunt »; « fere una illa » cfr. 1, 55; 189; 190. 3, 117 etc. Ragioni sostanziali fanno però ritenere che il passo sia stato parzialmente alterato [3]. I §§ 14 e 15 rispondono a GI. 4, 4; 5; 17^{a} fin.; 18: « abusive » (ignoto a

---

(1) *Ipso iure* per *iure civili* è nello stesso Gaio, 3, 32 etc.

(2) Woelfflin, *Archiv für die lat. Lexikographie*, I, p. 419.

(3) Cfr., per es., Ferrini, *Pandette*, § 49.

Gaio) sta in luogo del genuino « non proprie ». Il § 16 è tolto da GR.: « sequens illa divisio est »; « ... divisio ... quod quaedam... quaedam... quaedam... » (1, 48. 2, 12; 65; 146. 4, 10; 44 etc.); « a^es^... comparatae sunt ». La connessione degli argomenti offre una prova della stessa origine dei §§ 17-19: nè mancano ragioni formali. Per il § 17: « plane si... »; « a^es^ comparatae »; « praetor reddit » (4, 71 « praetoria a^o^ in eum redditur »; 148; 149; 150; 162; 166^a^; 170). Cfr. sul contenuto 4, 7. Per il § 18 « proditae a^es^ »; « aliae .... aliae .... » (1, 49. 4, 118 etc.); « comparatae sunt »; « et ob id » (cfr. *supra*). « Persequitur quis » sta per l'originario « persequimur ». Per il § 19 è da notare che la prima parte, che dà per certo il carattere misto dell'*a^o^ vi bon. raptorum*, è probabilmente alterata (4, 8). Per la seconda parte v. la grande affinità con l'esposizione di I. 4, 3, 9, da noi già attribuita a GR., e i rapporti con GI. 3, 214. La fine è dei compilatori. Incerta è l'origine del § 20: ivi si porge una nozione di « actio mixta » affatto diversa da quella suesposta, donde è chiaro il mutamento di fonte, confermato pure dall'esame della forma. Non è temerario pensare alle Istituzioni di Paolo; per il contenuto cfr. D. 10, 1, 1 « finium regundorum actio *in personam* est, licet pro *vindicatione rei* est »; del resto, il passo ha subìto molti ritocchi.

Il gruppo dei §§ 21-27 sembra doversi attribuire a GR. (tranne il § 24 che è fattura dei compilatori); in ogni modo non può negarsi che esso penda da un'unica fonte. Per il § 21, oltre l'inizio affatto gaiano « omnes autem actiones .... », si vegga la frase « ulterius autem nulla a^o^ extenditur »: cfr. 4, 37 « actionem extendi »: 2, 255 « nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum ... remanet »: cfr. 3, 184. 4, 129. D. 4, 4, 27, 1. Per il § 22 (*agitur* sta per *agimus*) v. « et denique » per addurre l'ultimo membro di una enumerazione (uso speciale di Gaio: 2, 13; 235; 238. 3, 220. 4, 22; 46; 119. D. 8, 2, 2. 35, 1, 63 pr. 47, 2, 55, 2 [1]): « ex aliis *compluribus* causis ». Nel § 23 è conservato per svista dei compilatori il genuino *agimus*: « aut denique », cfr. la nota al § 22. La fine è dei compilatori, i quali (come prova la v. « contumax » e la mancante *consecutio temporum*) hanno pure inserito la frase « aut

(1) KALB, *Roms Juristen*, p. 84.

contumax adversus dominum factus est ». Il § 24, come si è detto, è opera dei compilatori, i quali hanno anche fabbricato la seconda parte del § 25. Per il § 26 v. « de quibus... locuti sumus », cfr. 2, 191 etc.; « eo differt, quod »; cfr. 1, 121. 2, 268. 3, 57; 109 etc. Analogamente nel § 27 si osservi: « de quibus locuti sumus »; « eo differt quod »; « quisque condemnatur ».

Il § 28 offre una riproduzione gravemente alterata di un testo originario gaiano (GR.): v. i rapporti con G. 4, 62. « Actiones » qui sta per « iudicia ». La fine e il § 29 sono opera dei compilatori.

A GR. riferisco la prima parte del § 30: « in bonae fidei *iudiciis* » è qui conservato genuino. Cfr. del resto « libera potestas permitti videtur iudici... aestimandi »: cfr. ad es. D. 10, 2, 3 « libera potestas maneat creditoribus... experiundi... libera potestas est... substituendi » ecc. V. poi le analogie e gli incontri con GI. 4, 61. La seconda parte da « sed nostra constitutio etc. » è naturalmente opera dei compilatori. Rimane il dubbio se e da quale fonte classica possa essere derivata la notizia (in ogni caso alterata nella forma) « sed et in strictis iudiciis (sic) ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur »: la supposizione del Dernburg [1] che essa provenga dalle Istituzioni di Ulpiano non ha per sè verun argomento. Forse i compilatori hanno voluto dare un sunto, mal riuscito sicuramente, di una costituzione compresa nel primo Codice e omessa, siccome inutile, nel secondo, in cui fu invece aggiunta la nuova costituzione giustinianea sull'argomento (C. 4, 31, 14). Il § 31 pende pure (con varie alterazioni: cfr. GI. 4, 114) da GR.: pare che anche in GI. (lacuna prima di 4, 115) si ravvicinasse alle *arbitrariae* l'*actio de eo quod certo loco*, per quanto si può giudicare dalle scarsissime reliquie: « sed istae actiones... », cfr. ad es. 4, 30.

Molto alterato è il § 32, dove sono evidentemente interpolatizie le parole « vel rei ». « Curare debet iudex, ut... »: 1, 199 « curat praetor, ut... »: 2, 123 « curare debet, ut... »: 3, 49; 79; 117. D. 19, 2, 25, 3 « curare debet, ut... ». Coll'aiuto di G. 4, 52 si può ricostruire questo probabile testo genuino di

---

(1) *Compensation*², p. 187.

GR.: « * Curare autem debet iudex, ut omnimodo certae pecuniae sententiam ferat, etiamsi incerta quantitas in condemnatione posita sit ».

La prima parte del § 33 offre una riproduzione alterata di GR.: cfr. « huic enim (minori) sicut in aliis causis causa cognita succur*rebatur* (* pr. succurrit) »: cfr. G. 4, 57 « huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis pr. succurrit » e 2, 163 « huius aetatis h[ibus] sicut in ceteris omnibus causis deceptis ... pr. succurrit »; « si ... plus complexus fuerit » (G. 4, 53). La fine offre una esposizione non conforme all'uso gaiano, forse per le molteplici alterazioni.

A GR. si può attribuire con sicurezza il gruppo dei §§ 33^a-33^d. Per il § 33^a cfr. Gai. 4, 53^a; per il § 33^b cfr.: « qua ratione »; « solvere intellegitur »; « eadem ratione ». « Praemature » è probabilmente sostituzione per « maturius ». Non è esclusa la derivazione da GI., l. c.; le integrazioni diverse del passo, che trovansi nelle edizioni, sono arbitrarie. Ma che la fonte fosse GR. è reso probabile da ciò che il § 33^c, intimamente connesso, non coincide con GI., pur essendo di sicura origine gaiana: « verbi gratia »; « petere intellegitur »; « in qua scilicet ratio habetur »; « quae promissori competitura fuisset » (nota a 1, 6, 1); « scilicet quia utilitas ». Per il contenuto e in parte anche per la forma v. poi G. Epr. D. 13, 4, 3 (« per singulas ... regiones »; « pretia ... vini olei frumenti »; « pecuniarum quoque etc. »). Indubitata è la stessa origine per il § 33^d: « huic autem... proximus est is », cfr. D. 44, 7, 1, 13 etc.; « petere intellegitur »; « ut ecce »; « ideo... intellegitur, quia »; « in eo genere stipulationis »; « talis in ea re prodita est actio »; « Campanum petat », cfr. D. 45, 1, 74; « aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat », cfr. G. 4, 53^d; « plus petere intellegitur »; « liberum fuit aliud solvere », cfr. nota a 3, 26, 6; « licet vilissimum sit », cfr. G. 4, 53^d.

Il § 33^e è opera dei compilatori. Il § 34 è certo nella sua prima parte di origine gaiana; cfr. G., l. c.; il resto è dei compilatori. A GR. va ricondotto anche il § 35 (cfr. GI. 4, 55). Emblematica è naturalmente la frase: « sed in eodem iudicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittimus »; nel resto cfr. il citato passo di Gaio. Il § 36 è pure tolto da GR., ove non si voglia ritenere che esso riproduca la parte perduta

in GI. davanti a 4, 61: « sunt praeterea quaedam actiones »; « modo... modo... » (1, 16. 3, 74. 4. 141; 162; 174. D. 21, 1, 45 etc.); « ut ecce si... agamus »; « eatenus... quatenus » (D. 4, 2, 19. 4, 3, 26. 4, 4, 27, 1. 14, 3, 10. 14, 5, 1. G. 3, 161 etc.); « quemadmodum autem peculium intellegi debeat, *suo ordine proponemus* ». La stessa fonte ha il principio del § 37 fino al glossema « idest quatenus facultates eius patiuntur »; il rimanente è compilatorio. Mancano chiari indizi per il § 38: l'attribuzione a GR. non può fondarsi che sul nesso coi paragrafi precedenti e seguenti. Il § 39 ricorda da vicino la parte conservata di GI. 4, 61. Il § 40 non pare di origine gaiana: la voce « emolumentum » è aliena da Gaio: forse i compilatori hanno usufruito, alterandolo, un testo di Ulpiano: D. 42, 3, 4 pr.

TITOLO VII pr. - GI. + ? | § 1 = GR. | §§ 2-8 = GR.

La prima parte del pr. corrisponde a G. 4, 69. Il resto è di dubbia origine: l'osservazione metodica, e il fatto che in tutto il rimanente del titolo, preso sostanzialmente da GR., non si fa parola che dei « servi », parrebbero ricondurci a GR. (1); ma contrastano i criteri formali: « dirigamus sermonem in personam servi », « separatim ostendemus » sono frasi aliene da Gaio. Per il § 1 cfr. le analogie con GI. 4, 70: le differenze sono buone e di stile pienamente gaiano (GI. « pr.... comparavit » = I. « pr.... pollicetur » (2); GI. « et recte, quia qui... » = I. « scilicet quia... »). Per il § 2 sono da notare le grandi analogie con GI. 4, 71. Le differenze di forma e di sostanza non possono attribuirsi ai compilatori. Per le prime noterò che, mentre in GI. si legge: « comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam », le I. dicono: « duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera ex., altera inst. appellatur ». Le Ist. poi eliminano qui la menzione degli estranei e la rinviano con vantaggio della trattazione al paragrafo successivo. Questi miglioramenti nel metodo sono caratteristici di GR. in confronto di GI. Anche per il § 2ª non può essere dubbia l'origine: « istas tamen duas actiones »

---

(1) Ma v. l'osservazione al § 6 di questo titolo.

(2) Tanto più notevole è questa espressione, in quanto che ritorna nella corrispondente esposizione in Gaio, Epr., D. 14, 5, 1.

(cfr. 4, 30); « praetor *reddit* » (4, 71: notevole la conservazione del presente); « scilicet quia . . . »; « eadem aequitatis ratio . . . interveni(eba)t ».

Per il § 3 cfr. G. 4, 72. In luogo di « a°... constituta est » le I. leggono « introduxit et aliam actionem pr., quae tr. vocatur »: cfr. lo stesso Gaio Epr., D. 14, 5, 1: « introducit (proconsul) actionem ». Del resto per questo paragrafo si vegga anche D. 15, 1, 27 pr. (G. Epr.). Il § 4 deriva dalla stessa fonte, come prova il nesso con quanto precede e con quanto segue; del resto, come ordinariamente si ritiene e come si può arguire dalle lettere leggibili, l' esposizione doveva coincidere sostanzialmente con la parte perduta di G. 4, 73: cfr. pure G. in D. 14, 5, 1. Lo stile è pienamente consono all'uso gaiano. Il § 4^a ha la medesima origine; secondo la maggior parte degli editori, esso doveva corrispondere con GI., l. c.: in ogni modo l' esposizione è conforme a quella di Gaio (« versum intellegitur » etc.). Lo stesso dicasi per il § 4^b: « eatenus-quatenus », frequente in questa materia in G. Epr.; « ex quo scilicet apparet » (1, 75 « ex his ... apparet »; 188. 2, 65; 95; 151. 3, 48; 68; 71; 122; 146. 4, 54 etc.); « dispicere solet »; « nec aliter... quam ». *Aurei* è naturalmente sostituzione compilatoria. Il § 4^c si confronta con G. 4, 73, con cui in gran parte coincide; l'aggiunta delle I. « quod eo pertinet, ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio eius non deducatur » ha impronta puramente gaiana (2, 49. 3, 184 etc.). Il § 5 presenta molte analogie con GI. 4, 74. Alcune varianti si devono ai compilatori (« sed erit stultissimus »; « facillime... possit »): altre invece si possono ricondurre a Gaio stesso (nelle RC.): ad es. « habere servum peculium et tantum habere, ut . . . ». Il § 5^a presenta grande analogia con GI., l. c., ma anche varianti ordinariamente migliori: « sed sane huic *modo* trib.^{a} expedit agere, *modo* de peculio et de in r. v° » è molto preferibile a quanto si legge in GI. « sed huic sane plerumque (?) expedit hac potius actione uti, quam trib^a ». Il § 6 ha impronta schiettamente gaiana: « quae diximus... eadem intellegimus »: ma per ciò appunto, mentre risulta che nelle RC. per brevità il discorso si limitava ai servi, l' osservazione, che si trova nel pr. del titolo, non può essere desunta da GR.: altrimenti la medesima osservazione sarebbe stata fatta inelegantemente due volte. Si avverta poi come l'osservazione, tra-

sferita a questo luogo, dia opportuno appiglio per accennare al S. C. Macedoniano, come si fa nel § 7, di cui è innegabile l'origine gaiana: « illud proprie [ob]servatur in... » (cfr. ad es. 1, 107); « quae ideo senatus prospexit, quia... ». Il § 8, alterato alquanto nella sostanza, pende dal medesimo originale; basti notare la frase iniziale: « illud in summa admonendi sumus... ».

TITOLO VIII pr. = GR. | § 1 = GR. | § 2 = comp.? + GI. | § 3 = ? + comp. | §§ 4-6 = GI. + comp. | § 7 = comp.

Per il pr. cfr. G. 4, 75. Però, mentre GI. non fa parola che del furto e dell'ingiuria, le I. accennano a tutti e quattro i delitti privati. Attribuisco a GR. il § 1: « noxia (est) ipsum maleficium », cfr. D. 50, 16, 238, 3: « noxiae appellatione omne delictum continetur »; « corpus, quod nocuit, i. e. servus » cfr. D. 9, 4, 1 « corporis quod deliquerit ».

Le prime parole del § 2 « summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi » sembrano dei compilatori: per il resto v. G. 4, 75. Il § 3 non può essere di Gaio. La massima ivi insegnata è stata pe' *filiifamilias* accolta da Papiniano (Coll. 2, 3, 1): i compilatori l'hanno applicata ai servi, ma con evidente contraddizione con la fonte da loro adoperata [1] e soprattutto con le parole « nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur ». Per i §§ 4-6 cfr. G. 4, 76-78 (la fine del § 78 fu modificata per l'omissione della controversia scolastica).

TITOLO IX pr. = GI.? + Ulp. | § 1 = ? + Ulp.

La prima parte del pr. corrispondeva probabilmente a quanto si leggeva in GI. nella lacuna dopo 4, 80: cfr. Huschke *in h. l.*: verosimilmente, cioè, fino a « scripta est » (cfr. G. 3, 47). Il resto è formato con brani del l. 18 di Ulp. *ad ed.*, forse già riferiti in forma di scolio in qualche esemplare di GI. Ecco gl'incontri coi Dig.:

« [ut]puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit » (D. 9, 1, 1, 4);

« haec actio in his quae contra naturam moventur locum

---

[1] Le Istituzioni di Paolo?

habet » (D. 9, 1, 1, 7: l'esposizione delle I. è più genuina: la v. « fera » usata nei Dig. è affatto impropria);

« ceterum si genitalis sit feritas, cessat » (D. 9, 1, 1, 10: le I. hanno qui pure una formula preferibile);

« denique si ursus etc. » = D. 9, 1, 1, 10. Il « denique » (= quindi) è conforme all'uso ulpianeo [1] e pertanto preferibile alla lezione « et ideo si... »

« pauperies est autem... » = D. 9, 1, 1, 3.

Appunto tale mutamento di ordine, e il fatto che nelle I. è talora offerto un testo migliore, escludono l'uso diretto dei Digesti: nulla osta a ritenere che i varii brani del commentario ulpianeo fossero addotti in forma di diversi scolii in margine all'esemplare di GI.

La fine del § 1 corrisponde ad un brano dello stesso libro ulpianeo, che si legge in D. 50, 17, 130. Io avevo attribuito alla stessa fonte anche il resto del paragrafo, che non può reputarsi fattura dei compilatori [2]. È molto naturale che Ulp. accennasse, nel commento all'*actio de pauperie*, l'eventuale concorrenza dell'azione edilizia; ed è naturale che riferisse il contenuto, e non il testo, dell'editto edilizio, ch'egli doveva riferire e illustrare altrove (2 *ad ed. aed.*, D. 21, 1, 40, 1; 42 etc.): il brano, che si attribuisce al citato l. 18 di Ulp. in base al confronto col Dig., presuppone quanto precede. Tuttavia nella indicazione sommaria ho preferito lasciare incerta la fonte di questa prima parte.

TITOLO X pr. = GI. + GR.? | § 1 = GR. | § 2 = GI. (GR.?).

La prima parte del pr. coincide con G. 4, 82. La seconda parte presenta i caratteri formali gaiani: « praetera lege Hostilia permissum est... agere » (cfr. 4, 25 « postea lege Vallia... permissum est... agere »); « et morbus... et necessaria peregrinatio » (cfr. G. Epr. D. 3, 3, 9). In ogni modo è innegabile che il passo fu ritoccato dai compilatori. Per il § 1 cfr. G. 4, 84; le differenze sono notevoli, ma tutte buone e conformi allo stile gaiano. Per il § 2 cfr. G. 4, 85.

---

(1) KALB, *Roms Jur.*, p. 20.
(2) v. SCIALOJA, *Bull. Ist. dir. rom.*, 13, p. 76.

TITOLO XI pr. = comp. + GI. + GR. + GI. | § 1 = GI. | §§ 2–7 = comp.

Le prime parole sono evidente fattura dei compilatori. Poi segue un brano corrispondente a G. 4, 89. Indi un passo, che non ha riscontro in GI., ma di cui è perspicua la forma gaiana: « quae satisd° appellatur i. s. » (G. 4, 91); « unde » (1); « facile est intellegere » (3, 18 « palam est intellegere »): « stipulatur quis, ut... sibi » sta per « stipulamur, ut... nobis ». Segue un brano rispondente a G. 4, 90; 96; 98; 99.

Il § 1 risponde a G. 4, 101–102 (partim). I §§ 2–7 appartengono ai compilatori.

TITOLO XII pr. = GI. + comp. | § 1 = GI. + comp. | § 2 = GI. + comp.

Per il pr. cfr. G. 4, 110-111 con interpolazioni. La prima parte del § 1 corrisponde a G. 4, 112–113. La fine del § 113 è stata alterata dai compilatori, ai quali probabilmente è dovuto il resto del paragrafo. Il § 2 risponde a G. 4, 114, modificato alquanto dai compilatori.

TITOLO XIII pr. = GI. + comp. | § 1 = GR. | § 2 = GR. + comp. | § 3 = GR. | § 4 = GR. | § 5 = GR. | § 6 = GR. + comp. | § 7 = GI. | § 8 = GR. | § 9 = GR. | § 10 = GR. + comp. | § 11 = GI. (GR.) + comp.

Il pr. risponde a G. 4, 115-116: la fine è dei compilatori. Il § 1 è certamente gaiano: « verbi gratia » (ad es. 4, 122; 126, dove i compilatori hanno sostituito « veluti »; etc.); « metu coactus aut dolo inductus » (4, 117); « palam est... te obligatum esse »; « sed iniquum est te condemnari » (4, 116). Per il § 2 cfr. G. 4, 116: le varianti fanno però pensare a GR. Notevole la *exc° non num^ae pecuniae* sostituita ad *exc° doli mali*. Qui pure i compilatori hanno aggiunto del proprio. Per il § 3 cfr. « qua de causa » (esclusivamente gaiano) (2); « non omnimodo dissolvuntur »; « iniquum est contra pactionem eum damnari ». « Actio, *qua actor intendit* » sta per il genuino « actio, qua *inten-*

(1) KALB, *Roms Jur.*, p. 80.
(2) KALB, *Roms Jur.*, p. 75.

dimus ». Per il § 4 cfr. « quia iniquum est de periurio quaeri »; « necessariae sunt exc^es » (4, 116); « iniquum est tamen possessorem condemnari ». Per il § 5 cfr. G. 4, 106, omesse le parole « imperio continenti ». Le varianti fanno qui pure pensare a GR. Per il § 6 cfr. « haec... rettulisse sufficiat » (1, 188. 2, 97. 3, 33^a; 53 etc.); « alioquin .... exc^es necessariae sint » (*partim* interp.). La fine è dei compilatori. Per il § 7 cfr. G. 4, 118. Il § 8 presenta molta analogia con G. 4, 120: ma è probabile la derivazione da GR., sia per la forma affatto gaiana « aliae... aliae... » (per indicare i membri di una divisione: 1, 49. 4, 118 etc.), sia per la duplice terminologia « perpetuae et peremptoriae », « temporales et dilatoriae », conforme all' uso di Gaio (D. 44, 1, 3). Per il § 9 cfr. 4, 121: le differenze sono buone e non da attribuirsi ai compilatori. Cfr., ad es., « rem de qua agitur peremunt » con G. 4, 123 « re... per exceptionem perempta » (v. pure 4, 58 etc.). La prima parte del § 10, non scevra di alterazioni, deriva dalla medesima fonte: « ad tempus nocent » (4, 122. D. 44, 2, 15; 17); « rem exsequi » (2, 252 etc.); « cum temere rem in iudicium dedu*cebant* » (2, 163. 3, 222. 4, 13); « qua ratione ». La fine è dei compilatori. Il § 11 è forse derivato da GI. 4, 124; le molte alterazioni ed aggiunte impediscono un giudizio più sicuro.

TITOLO XIV pr. §§ 1-3 = GR. + comp. | § 4 = GR.

Per il primo gruppo v. G. 4, 126-129. La fine è dei compilatori. Non v' ha dubbio circa l' origine gaiana del § 4: « quia ... redditurus est » (nota a 1, 6, 1); « accommodari solent » (4, 110; 111; 118; 144); « qua ratione »; « proinde ... ac » (43 volte nelle sole Istituzioni di Gaio); « sane quaedam exc^os »; « ecce enim » (1, 84. 2, 269. 4, 64); « scilicet ideo »; « hoc maxime prospicit »; « facultatibus lapsus » (per *facultates* v., ad es., 2, 154 e D. 40, 9, 10).

TITOLO XV pr. = GI. + comp. + GI. + comp. | § 1 = GI. + GR. ? | § 2 = GR. | § 3 = GI. | § 4 = GR. | § 4^a = GI. + GR. ? + comp. | § 5 = GI. | § 6 = GI. + comp. | § 7 = GI. | § 8 = comp.

Il pr. è preso da G. 4, 138-139 (in parte) con intercalazioni dei compilatori. Forse tutto il § 1 deriva da GR.; anche nella prima parte « summa divisio » è più conforme all'abitu-

dine gaiana, che non « principalis divisio » (GI. 4, 142). Del resto cfr. « sunt tamen qui putant » (per es. 3, 64. 4, 59); « proprie ... vocari » (ad es. 3, 116); « interdicere est denuntiare » (G. 4, 18); « optinuit » (2, 280. 3, 184).

Il § 2 può derivare da GI. (4, 143): qualche variante ottima (« quaedam ... q.... q.... » per « vel ... vel ... vel ... ») accenna però ad altra fonte gaiana. Il § 3 corrisponde a G. 4, 144; 147. Il § 4 in parte (ma con diverso ordine) corrisponde a G. 4, 148: da « namque nisi etc. » incomincia una parte che non ha riscontro in GI., ma che è di origine sicuramente gaiana: « exploratum fuerit » (4, 166[a]); « et civilis et naturalis ratio facit »; « longe commodius est possidere (potius) quam petere » (G. Epr. D. 6, 1, 24: « longe commodius est ipsum ossidere... quam alio possidente petere »); « in eo est, quod » (4, 143); « si modo ... ».

Il § 4[a] nella prima parte corrisponde a G. 4, 149. L'ultima parte è dei compilatori. La parte mediana è probabilmente desunta da GR.: « quorum vis et potestas » (1, 122. 4, 33; 166; 170. D. 9, 4, 1 etc.); « plurimam differentiam » (2, 18; 172 etc.). Il § 5 corrisponde a G. 4, 153. Il § 6 nella sua prima parte corrisponde a G. 4, 154; la seconda parte è fattura dei compilatori con reminiscenze di G. 4, 155. Il § 7 è desunto da G. 4, 156-159; 160 (principio). Il § 8 si deve ai compilatori.

Titolo XVI pr. = GI. ? + comp. | § 1 = comp. + GI. + comp. | § 2 = GI. + GR. ? | § 3 = GR. ?

La prima parte del pr. deriva forse da GI. (si pensi alla lacuna che precede il § 171 del libro IV); dell'origine gaiana non si può ad ogni modo dubitare: « nunc admonendi sumus » (*sustinebant* = * constituebant). Il resto è dei compilatori. Nel § 1 fra le due parti estreme dovute ai compilatori è intercalato un brano desunto da G. 4, 171; 173; 174 in. Il § 2 è derivato sostanzialmente da G. 4, 182; il passo intercalato « quae ab utraque-notatur » parmi pure di origine gaiana (« et ob id »).

Verosimile è pure tale origine per il § 3. Sull'uso di « proficisci » cfr. G. 4, 110; 111; 133. Cfr. « qui ius dicturus sit »; « non aliter ... quam » [1].

---

[1] Cfr. *supra* e Kalb, *Roms Jur.*, p. 18.

TITOLO XVII pr. - § 1 = GR. | § 2 = GR. + comp. | § 3 = GR. + comp. | §§ 4-7 = GR. + comp.

Per il pr. - § 1 cfr. « superest, ut... dispiciamus » ; « in primis... observare debet » : cfr. (2, 114) « inprimis advertere debemus » (2, 248. 4, 70); « aliter... quam » ; « observare debet, ut » (ad es. G. 4, 164). La connessione dell' argomento serve di prova per i paragrafi successivi; non mancano, del resto, i criteri formali.

Nel § 2 è interpolata la parte « sed si in praesenti - non restituisset ». Anche la forma lo dimostra chiaramente. L' ultima parte è nuovamente gaiana: « eadem... interveniunt » ; « eadem... quae diximus » etc.

Per il § 3 cfr. « ut eam causam habeat a., quam habiturus esset si... exhibita res fuisset » (perspicuo tipo di periodo gaiano); « inter moras » = * pendente iudicio (l' interpolazione non è forse solo formale). La parte « quod si neget... se restituturum » pare genuina, e con l'esempio di essa hanno i compilatori probabilmente fabbricato la già notata interpolazione del § 2 relativa alla rivendica.

Il § 4 richiama nella sua prima parte I. 4, 6, 20; è chiaro che i compilatori hanno inserito tale menzione, suggerita anche dal verbo *praegravari*. Il fondo è, però, gaiano: « debet hunc invicem coheredi certa pecunia... condemnare » (G. Epr. D. 10, 1, 3 « is cui adiudicatur invicem... certa pecunia condemnandus est »); « eo nomine.... condemnandus est » (D. cit.: « quo nomine... c. est »); « quod solus fructus hereditarii fundi percepit » (G. l. c., D. 10, 2, 19: « quod unus ex h^ibus ex re hereditaria percepit »). Anche il § 5 presenta gli stessi caratteri e analoga interpolazione.

La stessa origine è segnata per il § 6: « commodius sit » ; « eo... nomine damnandus est » ; « verbi gratia » : cfr. anche D. 10, 1, 3.

È ovvio attribuire alla medesima fonte il § 7.

TITOLO XVIII pr. - § 2 = GR.? | §§ 3-12 = comp.

La prima parte del titolo (pr. - § 2) non è aliena da Gaio: « per actiones » nel pr. = * per formulas. Cfr. « de quibus locuti sumus »; « dicta sunt, quod »; « quaedam... quaedam... ».

Il resto è opera dei compilatori, i quali hanno probabilmente desunto l'esempio di aggiungere alle Istituzioni un titolo *de publicis iudiciis* e il relativo schema dalle Istituzioni di Paolo.

APPENDICE (*)

Ulpiano e Modestino.

In varii luoghi della precedente analisi critica si è fatto uso di qualche passo di Modestino per arguire quale dovesse essere l'esposizione di Ulpiano, considerato come fonte di lui. Un simile procedimento, dove si tratti di definizioni e regole fondamentali, come appunto nei casi accennati, è pienamente giustificato. Tale asserzione non si fonda solo sui noti rapporti fra Ulpiano e Modestino (D. 47, 2, 52, 20) o sul fatto che, fra i pochi giureconsulti citati nelle opere di Modestino, Ulpiano ha il primo posto e la sua menzione è (a differenza di quella degli altri giuristi) accompagnata talvolta dalla designazione superlativa (ὁ κράτιστος) (1); ma anche sull'esame degli scritti modestiniani. In ispecie le Pandette di Modestino offrono relazioni evidentissime con gli scritti di Ulpiano; e ben maggiori se ne potrebbero indicare, se ci fossero state conservate le Istituzioni di quest'ultimo scrittore. Ecco intanto qualche esempio.

Mod. 2 *pand.* Testamentum est *voluntatis nostrae iusta* sententia de eo quod *quis post mortem suam* fieri velit (D. 28, 1, 1).	Ulp. *reg.* 20, 1: testamentum est *mentis nostrae iusta* contestatio, in id sollemniter facta, ut *post mortem nostram* valeat.
2 *pand.*: Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio (D. 28, 6, 1).	Ulp. *reg.* 22, 33: Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti qui primo gradu scripti sunt, substituti qui secundo gradu vel sequentibus heredes scripti sunt.
3 *pand.*: Quamdiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est: puta si defuncti uxor praegnas sit, aut defuncti filius apud hostes sit (D. 38, 7, 5, 1).	Ulp. *reg.* 26, 3: quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus adgnatis non est: velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit.

(*) [Non viene riprodotta l'Appendice " *Sugli stemmata cognationum* „ perchè l'argomento è già trattato in un articolo inserito in questi *Scritti*, I, p. 225 sg.].

(1) D. 26, 6, 2, 5. 27, 1, 2, 9; 4, 1.

5 *pand.*: Usucapio est *adiectio* (err.) dominii per continuationem possessionis *temporis lege definiti* (itp: anni vel biennii) (D. 41, 3, 3).	Ulp. *reg.* 19, 8: usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii.
6 *pand.*: Intestati hi gradus vocantur (ad bon. p.): primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor (D. 38, 15, 1 pr.).	Ulp. *reg.* 28, 7: Intestati datur bonorum possessio per septem gradus: primo gradu liberis, secundo legitimis heredibus, tertio proximis cognatis... sexto viro uxori.

Le difformità derivano in gran parte dai compilatori. Vedi come è ridotto il passo di Ulpiano *ad edictum* in D. 38, 8, 1, 1.

6 *pand.*: Intestati patris liberis bonorum possessio datur, non tantum his qui in potestate parentis usque in mortis tempus fuerunt, sed emancipatis (D. 38, 15, 1, 2).	Ulp. *reg.* 28, 8: liberis bonorum possessio datur tam his qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis.
12 *pand.*: Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint (D. 38, 10, 4, 1).	Ulp. *ad ed.*: Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut .... quasi commune nascendi initium habuerint (D. 38, 8, 1, 1).

Questi non sono che pochi esempi presi da una sola opera di Modestino. In questa medesima non è difficile scoprire un buon numero di altri simili incontri, meno appariscenti forse, ma non meno sicuri. Lo stesso va pur detto degli altri scritti, come intendo di dimostrare in un apposito studio intorno a questo giureconsulto. V. ad es. Mod. *diff.* D. 32, 81, 1 " mulieribus vero legatis etiam virgines debentur „ ed il fr. di Ulp. *ad ed.* (nello *Spicilegium Solesmense*) " invenimus apud veteres mulieris appellatione etiam virgines contineri „; Mod. *diff.* D. 28, 6, 3: " Cum filio impuberi pater ita substituerit: '*quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto*'... placuit *ad hanc substitutionem* scriptos tantummodo *admitti*: itaque dominus, cui per servum hereditatis portio quaesita sit, ex substitutione impuberi heres effici non poterit, si servus ab eius exierit potestate „ = Ulp. *ad Sab.* D. 28, 6, 8, 1: " Haec verba '*quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*' hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heres exstitit, sed is qui ex testamento heres exstitit substitutus videatur: et ideo.... neque dominus, qui per servum exstitit, *ad substitutionem admittetur*... „.

I frammenti di diritto pregiustinianeo del palinsesto di Autun (*).

La menzione contenuta nel *Journal des savants* (1898, p. 378 sg.) del palinsesto n. 24 della Biblioteca del Seminario di Autun, in cui si era riescito a leggere una linea che ritorna nelle Istituzioni di Gaio (4, 45), ha commosso i romanisti, i quali sperarono che si trattasse di un nuovo palinsesto di questa opera, che servisse a colmare le molteplici lacune e dirimere le incertezze del testo che possediamo (1).

L' edizione di questi frammenti, incominciata dallo Chatelain (2), arreca un' amara delusione. Non è delle Istituzioni genuine di Gaio che si tratta, ma di un' ampia e dilavata parafrasi delle medesime fatta ad uso scolastico in età di già avanzata decadenza, paragonabile a quella che io ho congetturato esistente in Oriente in lingua greca e ad altri lavori congeneri fatti sugli autori classici o sulla Scrittura, che abbondano dopo il principio del quarto secolo. Di Gaio non sussistono che poche frasi; poichè l' autore cita le parole con cui comincia il passo da commentare, senza neppure addurlo per intero (Fol. 104v l. 6, l. 13 sq.), e indi soggiunge la sua stemperata interpretazione. Molti brani (ad es., Gai. 4, 94-102) non sono illustrati.

Tuttavia la scoperta non è inutile. Essa ci porge un esempio chiarissimo del modo di esegesi dominante nelle scuole; un esempio che collima perfettamente cogli avanzi che abbiamo

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. XXXII, 1899, pp. 947-50].

(1) Mommsen, *Ztschr. des Sav.-St.*, R. A., 1898.

(2) *Revue de philologie*, XXIII, p. 169 sgg.

delle scuole giuridiche orientali. Il maestro, quando cita un termine nuovo, si sofferma e si domanda quale ne sia il significato, per es.:

f. 108ᵛ l. 5 quid est pro herede gerere?
l. 15 quid est repudiare?

Precisamente così fanno i greci; basti citare l'indice delle Istituzioni (ad es., 1, 2, 6 = ed. Ferr. I p. 11 sq.). Altri modi scolastici sono le frasi « vides quod »; « hoc si tenetis » etc. Notevole è pure che le formole processuali, come nei greci, sono ridotte in prima e seconda persona, omessi i nomi schematici, ad es.:

f. 104ᵛ l. 19 si parret illum fundum meum esse ex iure quiritium;

f. 104ᵛ l. 27 quidquid te dare facere praestare oportet.

Solo nella *intentio in factum* si allude in terza persona al convenuto:

f. 104ᵛ l. 27 si parret me deposuisse apud illum Gaium Seium etc. (1).

Il valore del commentario non è molto alto; però le sue spiegazioni sulla varia efficacia consuntiva della *litis contestatio* sono ottime e degne di considerazione; la distinzione recisa fra *actio legitima* e *iudicium legitimum* viene in buon punto per risolvere controversie in questi anni molto agitate: le notizie sulla *noxae deditio servi mortui* daranno materia a disputare (2).

L'edizione è curata dallo Chatelain, cioè da un eminente paleografo. Una lettura così riuscita di un arduo palinsesto gli fa veramente onore. Qui adduco una serie di correzioni, quali si offrono spontanee ad un romanista di professione. Si tratta in gran parte di supplementi, che un filologo per

---

(1) La grafia *parret* occorre in Gaio 4, 43 e in Festo, v. *parret*, p. 233 M.

(2) Lo Chatelain p. 176 trova antinomia fra il D. 9, 1, 1, 16 e il nostro commento. Ma circa l'*animal mortuum* anche il commento si esprime nella stessa maniera. Il passo è importante poichè si riferisce non a Gai. 4, 9, sibbene alla lunga lacuna fra i §§ 80 e 81 del libro stesso, confermando la congettura di HUSCHKE, che ivi si trattasse anche dell'*actio de pauperie*.

quanto insigne non poteva sempre rintracciare; l'antico manoscritto è stato tagliato per essere ridotto al nuovo uso, sacrificandosi una striscia di scrittura per ogni pagina. Segno con Ch. la lezione dello Chatelain, con F. la mia:

f. 109r l. 5:

Ch. si tali re procedis: F. si talis res procedit.

l. 6 sq.:

Ch. *Nam* facile imperatur ab imp*er*atore [e]a q[uae] iam ab [aliis] impe*r*a[n]t[ur]: F. nam facile impe[t]rantur ab imperatore ea, quae iam ab aliis impetrata sunt ([1]).

l. 10 sq. leggo:

ergo ubi [is mi]nor est qui àdiit vel qui se miscuit, per praetorem vel per praesidem provinciae potest [in integrum] restitui.

A l. 12 sq. è impossibile la lettura: sed qui maior *interest* sine beneficio principali non poterit heres [esse neque] auxilium exorari ei heredi. Deve anzi dirsi il contrario; che non può « hereditatem relinquere ».

l. 17 sq.:

Ch. dant eis certum *tempus* .... ad hereditatem: F. [ad adeund]a*m* hereditatem (Gai. 4, 164).

l. 22 sq. leggo:

Ergo ubi datur cretio, aut adit intra tempus et verba dicit [cretionis], aut si non dixerit, etc.

l. 27 sq.:

et scire [debes quod quan]tum vult testator tempus dat ad cretionem.

f. 108v l. 1:

Non mi pare da ammettere la lezione: *Ergo intra tempus* ubi dicat, non *interest* ut *testamentum* *probetur* *inter*im.

f. 105v l. 31 sq. f. 105r l. 1 leggo:

Cognitor cer[tis verbis cons]tituitur et a praesente p[raesenti] datur hoc modo: *si* velim dare te[cum acturus] ita dico: quod tecum agere volo de illa re, hoc est [fundo, in eam rem

---

([1]) Segue infatti: quia (Ch. quod) aliut est novum beneficium petere, aliut est id pe[tere cui]us extant exempla.

do tibi] cognitorem illum Gaium Seium; at si reus velit dare cognitorem: quod tu [mecum age]re vis, in eam rem do tibi cognitorem illum Gaium Seium. Ergo ut cog[nitor] constituatur etc.

f. 105r l. 7 sq. leggo:

sed etsi absens fuit, non est vitiosa [datio, et si post]ea cognitor consenserit, erit cognitor.

f. 104v l. 16 sq. leggo:

si in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium [accipiatur] iudicium, tunc videbitur legitimum iudicium; sed si aliqui*d* ex his no[n] non erit legitimum iudicium, sed imperiale.

l. 25 sq. leggo:

didi]cimus quid sit legitimum, quid imperiale.

f. 104r l. 3:

Ch. non qualitas actio[nis facit] legitimum iudicium, sed numerus condicio aut personarum locus. Correggi: « condicio personarum aut locus », cfr. l. 12.

l. 4 sq. va letto così:

potest etiam praetoria esse actio et tamen legitimum esse iudicium. puta: ex lege aquilia legitimum est iudicium, [si intra] primum urbis Romae miliarium agatur.

l. 11 sq.:

vides quod non qualitas actio[nis fa]ciat legitimum aut imperiale iudicium.

l. 15 sq.:

In legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea sola quae habet [per]sonalem in ius actionem, *non enim* et in factum concepta.

l. 27 sq.:

Si parret me deposuisse apud illum Gaium Seium illam rem [neque eam redd]itam esse dolo malo illius Gai Sei.

l. 32 sq.:

sed sol*ae* actiones personales quae habent in [ius concept]*a*m intentionem.

Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun (*).

La lettura, che del difficile palinsesto di Autun ha fatto lo Chatelain, è una prova novella della singolare perizia dell'illustre paleografo francese; ora che per la sua grande cortesia sono in possesso delle fotografie del Codice da lui stesso eseguite, posso veramente apprezzare la sicurezza del suo intuito, la famigliarità con l'antica scrittura e la non comune acutezza della vista. La lettura dello Chatelain sta sostanzialmente a base della pregevole edizione, che dei « fragmenta Augustodunensia » ha recentemente pubblicato il Krueger avanti alla quarta riproduzione della recensione di Gaio dovuta a lui ed allo Studemund. È ormai possibile valutare con esattezza l'importanza della inaspettata scoperta e determinare la natura del documento venuto alla luce.

Lo scopo di questa breve memoria è appunto quello di indagare quale sia l'origine del lavoro e quali le notizie più considerevoli, che se ne possono ricavare; aggiungerò una serie di integrazioni e di emendamenti, che mi paiono sicuri o almeno grandemente probabili, avvertendo però che non è mio intento per ora di presentare il frutto completo dello studio delle accennate fotografie. Un tale studio (in cui spero di avere un valentissimo compagno) esige molto tempo e presuppone condizioni atmosferiche assai migliori di quelle, che pur troppo da alcuni mesi abbiamo nella regione lombarda.

(*) [In *Atti Acc. Scienze Torino*, 35, 1900, pp. 526-537].

§ 1.

Non può essere dubbio che il commentario contenuto nel palinsesto di Autun sia una interpretazione scolastica delle Istituzioni di Gaio. Essa segue l' ordine degli argomenti, quale è dato nel testo; qualche volta ne riferisce anche le parole. Se nel primo vi sono delle lacune, come ad es. fra i §§ 96 e 97 (ed. Krueger), dove non troviamo la spiegazione corrispondente a Gai. 4, 95-102, la causa può attribuirsi al fatto che l' interprete ha creduto opportuno di abbreviare il proprio discorso; più verosimilmente, però, al fatto che mancava una pagina dell' archetipo o che questa fu per errore lasciata in disparte. Gaio stesso è citato una sola volta al § 56: « et quod dixit Gaius, prout mo[der]atus fuit ipse praetor, ita cretio constituitur »; cfr. Gai. 2, 170.

Il carattere dell' opera è, dicevamo, sicuramente quello di una interpretazione scolastica. Sotto tale aspetto essa presenta una mirabile analogia con l' indice greco delle Istituzioni, che va sotto il nome di Teofilo, e conforta l' ipotesi che a questo ultimo precedesse in Oriente un simile commentario sulle Istituzioni di Gaio. L'analogia si limita però alla forma: in quanto alla sostanza, i due lavori, così diversi per tempo e luogo di origine, sembrano seguire due tradizioni affatto indipendenti; non mi è occorso alcun esempio di incontro, che non si spiegasse agevolmente o per la somiglianza del testo da interpretare o per la stessa naturalezza dell' osservazione. Invece si trovano nell' uno o nell' altro corso scolastico osservazioni, che non hanno riscontro veruno. Ma per quello che concerne la forma l' affinità è tale, da mostrarci come l' esposizione scolastica avesse ricevuto in tutto il vastissimo impero un tipo comune. Tanto il professore di Berito, quanto l'oscuro maestro di una scuola della Gallia, assumevano lo stesso tono e lo stesso stile: le lezioni non si distinguevano che per la ben diversa dottrina.

In tutte queste scuole il testo era presente; la lezione consisteva nell' esporre in più largo discorso il suo contenuto, nell' aggiungere schiarimenti, nel dissipare difficoltà. Il nostro maestro suppone evidentemente di avere appena letto o fatto leggere il relativo brano di Gaio, quando accenna all' insegna-

mento di questo (§ 56 cit. « quod dixit Gaius ») come già noto agli studenti; altrove riferisce le parole testuali (v. §§ 79, 80, 96, 97), annettendovi la propria spiegazione. Non altrimenti i bizantini sogliono citare « τὸ ῥητόν » ed il citato indice greco riporta, spiegandole, parole e frasi latine del testo originale.

Alcuni esempi a conferma delle cose affermate riusciranno certamente istruttivi. In ambedue i corsi è evidente la continua e giusta preoccupazione degli insegnanti, che gli allievi non perdano il filo del sistema e comprendano come una materia si ricolleghi con quelle precedentemente trattate. Così nei frammenti di Autun: § 9 « tractavimus quae sint legitima matrimonia: sic nunc adicimus etc. »; § 10 « debemus ergo tractare, quemadmodum fiunt adoptiones »; § 12 « .... plene tractavimus; nunc consequens est, ut dicamus »; § 13 « et superius tractavimus... prius tractemus... »; § 89 « tractamus, quae sint legitima iudicia ».

Affatto uguale è il modo di porgere dell' Indice greco; e gli esempi sono innumerevoli, come è noto a chiunque abbia qualche famigliarità con quel libro. Eccone un breve saggio: 1, 2, 1: εἰρήκαμεν ἐν τοῖς προλαβοῦσιν — ἀναγκαίως ὀφείλομεν εἰπεῖν; ib. § 3: εἰπόντες.... ἔλθωμεν ἐπὶ δευτέραν κτλ.; ib. § 6: 1, 3 pr.: εἰπόντες — καὶ — διεξελθόντες — μαθόντες — μετέλθωμεν ἐφ' ἕτερον καὶ μάθωμεν; 1, 5 pr.: εἰρήκαμεν — εἴπωμεν; 1, 6 pr.: νῦν ἀναγκαῖόν ἐστι μαθεῖν; 1, 11 pr. (allo stesso luogo e allo stesso intento del § 10 di Autun): "Εγνωμεν ἐν τοῖς προλαβοῦσιν, ὅτιπερ ἔχομεν τὸ in potestate κατὰ τῶν ἡμετέρων παίδων τῶν ἐξ ἐννόμων γάμων ἡμῖν γενομένων· εἰδέναι δέ χρὴ ὅτι αὐτὴ ἡ potestas καὶ ἐπὶ τῶν θετῶν πρόεισι παῖδων' etc. In ambedue i corsi il maestro ha cura di richiamare agli studenti le cose precedentemente spiegate. Cfr., nei frammenti di Autun, § 97 « saepe tractantes diximus » (con pieno riscontro nell' indice greco, ad es. 2, 19, 5: καθάπερ εἴρηται πολλάκις); § 98 « [didi]cimus quid sit legitimum, quid imperiale »; § 106 « haec si tenetis, iam [videtis quod] ». Cfr. l' indice greco 2, 23, 8 ὅσα σοι εἴρηται — τὰ αὐτά σοι εἰρήσθω e l' ordinario ἐπειδή σοι ταῦτα προτεθεώρηται, ὅρα λοιπὸν τὸ προκείμενον. In ambedue i corsi abbondano gli esempi concreti: non si limita il maestro ad accennare, come fa il testo, al contenuto di stipulazioni od azioni, ma ne offre la formula; fa parlare in prima persona i magistrati, il principe, i privati, invece di accontentarsi di

un accenno agli atti loro. Così nei frammenti di Autun si dà la forma concreta delle domande delle parti per ottenere rescritti: § 30 « ita dixit, etc. »; si arreca la formola delle stipulazioni *emptae et venditae hereditatis*, §§ 68-70; si fa parlare il « populus », § 7, o il pretore, § 55. L'indice greco porge ugualmente le formule concrete di quelle stipulazioni, 2, 23, 5; fa parlare il magistrato, ad es. 1, 12, 2: εἶπε γὰρ ὁ ἄρχων· *relego te in illam insulam*; ib., § 3: ὁ ἄρχων ἀπεφήνατο· Πέμπω σε εἰς μέταλλον.

Com'è quasi istintivo nei conferenzieri e nei docenti, le definizioni sogliono essere in ambedue i corsi precedute da analoga interrogazione: v. ad es. nei frammenti di Autun il § 44 « quid est pro herede gerere? animum habere capiendae hereditatis »; § 47 « quid est repudiare? nolle capere etc. ». Affatto uguale è il procedimento dell'indice greco: ad es. 1, 2, 4: καὶ τί ἐστι δῆμος; κοινῆς τύχης σύνοδος e 1, 5 pr.: καὶ τί ἐστι manumissio? etc.

In ambo i corsi si accenna alla lacuna di qualche definizione o regola ed al modo di ripararvi; così fr. di Autun, § 18: « ideo sic dici[mus]... et illud adiciendum est... habes ergo pronum modum, quo exeu[nt de potes]tate ». Cfr. l'indice greco, 2, 6, 3: δεῖ προσθῆναι αὐτῷ (τῷ ὅρῳ)... καὶ λέγειν... οὕτως γὰρ ἔχων ὁ ὅρος ἀνελλιπής ἐστιν.

In ambo i corsi il maestro si rivolge agli uditori, ne suppone e rettifica le impressioni ed i giudizii. Fr. di Autun, § 22: « ut dicas... opponitur tibi statim »; indice greco, 2, 6, 3: ἴσως προπηδήσας ἐρεῖς... ἀλλ' οὐ δεῖ σε τοῦτο λέγειν.

Non è senza interesse l'avvertire come lo stesso punto di diritto offra ai due maestri le stesse difficoltà; in ambedue i corsi si accenna alle obbiezioni che si possono opporre tanto a chi volesse sostenere che i « liberi » del *captus ab hostibus* sieno *sui iuris*, quanto a chi volesse sostenere il contrario: fr. di Autun, § 22 « utrumque ergo difficile est; sive dicamus... illud opponitur... si dicamus... illud »; indice greco, 1, 12, 5 καὶ τέως αὐτεξούσιον ἐμαυτὸν εἰπεῖν οὐ δύναμαι — οὐ δύναμαι δὲ οὔτε λέγειν ἐμαυτὸν ἐν τῷ μεταξὺ καὶ δούλου ὑπεξούσιον.

§ 2.

Lo studio di questi frammenti non mi sembra che riesca a confermare la congettura che il Mommsen ha in proposito messo avanti, sia nell' *Epimetrum* [1], sia nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* [2]. Egli, pur riconoscendo la vera natura dello scritto in questione, suppone che i quattro libri, di cui doveva constare, formassero insieme ad altri tre (i soli adoperati per la compilazione delle Pandette) i sette libri delle *res cottidianae* ossia degli *aurea*, che ricorda l' indice fiorentino. Poichè di quest' opera, egli osserva, i compilatori dei Digesti adoperano largamente i primi tre libri e non adducono verun passo degli ultimi quattro, è verosimile che questi fossero identici al barbaro commentario, di cui ci ha conservato reliquie il palinsesto di Autun, ed è spiegabile che i compilatori li lasciassero in disparte, non essendo essi che una miserabile elaborazione delle Istituzioni, di cui invece i compilatori stessi possedevano l' elegante testo genuino. Che poi tre libri, certamente dovuti a Gaio, venissero messi insieme ad altri quattro di origine molto più tarda e compresi sotto il medesimo nome, spiega il Mommsen osservando che l' autore di questi parla in guisa che i lettori dovevano essere tratti in inganno e credere di avere davanti lo stesso Gaio. All' uopo egli cita il § 91 dove si dice: « quaemadmodum tutor aut curator constituantur, *in primo commentario relatum est* ».

Se non che è da ricordare che l' autore, come s' è visto, cita Gaio come testo commentato (§ 56) e presente ai discepoli; ne riferisce le parole per commentarle, e di regola queste parole sono riportate in caratteri maiuscoli per distinguerle (§§ 66, 79, 80, 96, 97: in quest' ultimo § per errore sono scritte in grande anche le prime parole della spiegazione). Ora come è possibile che nascesse la confusione, che il Mommsen ha ritenuto? Il passo surriferito del § 91 non ha veruna importanza. È ovvio che il maestro, che spiega un' opera divisa in quattro commentarii, dica: « come ciò avvenga è già stato

---

[1] Ed. Krueger, pp. LXV-LXVII.

[2] R. A., 20, 1899, p. 235 sg.

spiegato nel primo commentario »; si avverta anzi che egli dice proprio *relatum est*, mentre Gaio nel corrispondente passo (4, 85) dice: « tutores autem et curatores, quemadmodum constituantur, *primo commentario rettulimus* » (¹).

L'unione delle *res cottidianae* col nostro commento riesce anche sotto un altro aspetto poco verosimile. Le *res cottidianae* erano in sostanza un rifacimento delle Istituzioni ad uso della pratica; in esse Gaio lasciava da parte quello che aveva importanza esclusivamente storica, e si diffondeva invece maggiormente su quello che interessava per l'applicazione del diritto vigente (²). Un'opera che avesse cominciato con tre libri di tale natura per proseguire con una Parafrasi delle Istituzioni sarebbe parsa anche sulla fine del quarto secolo cosa mostruosa.

Ma c'è un argomento decisivo, ed è che le genuine *res cottidianae* non erano comprese nel breve giro di tre libri. È noto come i frammenti conservati nel Digesto c'insegnino che nel primo libro si trattava delle persone, nel secondo delle cose e loro acquisto, cominciandovisi la dottrina delle obbligazioni, che proseguiva nel terzo. Rimangono altri importantissimi e fondamentali argomenti di diritto privato: le successioni testamentarie e legittime, i legati e fedecommessi, le azioni, che non potevano trattarsi che nei libri successivi, dove è credibile che trovassero posto anche materie non pertinenti al diritto privato per giustificare l'ampia comprensione del titolo. E che tali libri esistessero, e che si conoscessero anche dai compilatori giustinianei, prova a mio credere in modo sicuro lo studio delle fonti delle Istituzioni giustinianee, dove vi hanno parecchi passi di indubbia origine gaiana e senza temerità alcuna ascrivibili alle *res cottidianae*, pur riferendosi a materie non comprese nei libri adoperati per la compilazione dei Digesti. A questo proposito io non posso ora che rimandare alla mia Memoria sulle fonti delle Istituzioni di Giustinuano, dove i singoli passi si trovano accennati.

(¹) È curioso che, mentre le Istituzioni giustinianee al luogo corrispondente (I. 4, 10, 2) usano la frase impersonale " expositum est ", l'indice greco riprenda la frase personale e dica: εἰρήκαμεν ἐν τῇ πρώτῃ institutíoni.

(²) Il maggior pregio " dogmatico " delle *res cottidianae* è già stato giustamente avvertito: KRUEGER, *Quellen*, p. 190 (tr. BRISSAUD, p. 253).

L'esistenza del commentario scolastico alle Istituzioni di Gaio, posto che queste erano il libro di testo adoperato in tutte le scuole, è tanto semplice e naturale che non occorre veruna sottile congettura. Fra i molti corsi, che venivano o redatti dai maestri o raccolti dai discepoli, è ben concepibile che ne fosse conservato e trascritto qualcuno, che in paragone degli altri paresse degno di tanto in quei tempi di decadenza profonda.

Se anche l'Epitome Gai ha, come io ritengo, origine gallica, troviamo che la Gallia ci dà a proposito dell' opera stessa il contrapposto degli *indices* e delle *summae* usati in Oriente: l'Epitome ha proprio il carattere di σύντομος, mentre la nostra Parafrasi presenta nitido il tipo di quelle elaborazioni, che i giureconsulti orientali designano col nome di « πλάτος ».

§ 3.

Quanto i frammenti augustodunensi sono rilevanti per la storia letteraria del diritto romano, altrettanto sono poco significanti per la sua storia interna. Possiamo, anzi, dire che quello di più notevole, che vi si contiene, era già nella prima serie di frammenti fatti conoscere dal benemerito Chatelain nell' aprile 1899 [1]. I nuovi brani, che in base al suo apografo ha pubblicato il Krueger, sono, sotto questo aspetto, quasi privi di interesse per noi. Felicemente si è espresso il Mommsen in principio del suo *Epimetrum*, dicendo: « Ut patres nostri laetati sunt, recuperato Gaio, ita quoque nobis similis sors evenit, sed ita similis, ut gemma carboni ».

La notizia più istruttiva è quella che si riferisce alle azioni nossali; il brano del nostro palinsesto, pur troppo molto arduo a decifrarsi, corrisponde ad una lacuna del testo di Gaio. Insegna, dunque, il nostro palinsesto che il *dominus* o *paterfamilias,* convenuto per delitto di un servo o di un *filiusfamilias* che muoia dopo la contestazione di lite, non è liberato; ma deve *aut damnum sarcire aut noxae dedere*, cioè il cadavere del servo o del figlio. Il palinsesto conferma, invece, che ciò non vale per l'*actio de pauperie* istituita per i danni dati dagli

---

(1) *Revue de philologie*, XXIII, p. 177 sgg.

animali; come era già noto per D. 9, 1, 1, 16. La ragione per cui — come nella « noxa » internazionale, v. Liv. 8, 39, 14 — dovevasi consegnare il cadavere del delinquente è abbastanza ovvia. L' offeso, negando la sepoltura al cadavere, poteva esperire la sua vendetta, date le idee di quei tempi, in modo terribile. Appunto il terrore di siffatta vendetta avrà servito a spingere il *paterfamilias*, condannato, a preferire di risarcire integralmente il danno recato; e questa ragione pratica avrà servito a far conservare la regola crudele fino a tempi di civiltà avanzata. Come si doveva consegnare l' intero cadavere, che fosse a disposizione del condannato, se ne dovevano consegnare anche le parti: « denique tr[actatur de] capillis et unguibus, an partes corporis sint ». Questa controversia (§ 83) si riferisce evidentemente alle dottrine pontificali intorno al cadavere ed alla sua sepoltura. Il Mommsen [1] spiega il conservarsi della regola, osservando che per essa veniva posto un impedimento alle false asserzioni di morte accampate per sottrarsi alla responsabilità nossale. Ma tale spiegazione parmi poco probabile; sia perchè in tal modo non si vede una ragione di difforme trattamento nell' *actio de pauperie*, essendo ugualmente possibile, e anzi più facile, affermare falsamente la morte di un animale che di un uomo (e del resto non basta affermare !), sia perchè ogni responsabilità è tolta di mezzo se la morte avviene prima della contestazione della lite.

Per l' antico diritto poi non è inverosimile un' altra ragione, a cui pare accennino le linee frammentarie dei §§ 84-85. Quando il servo o il filiusfamilias commettevano un delitto a danno di un terzo, oltre il diritto dell' offeso di avere il colpevole (in origine per vendicarsi, poi per risarcirsi col suo lavoro), v'era il diritto del *paterfamilias* di giudicarlo e condannarlo in forza della sua giurisdizione domestica. Il diritto del terzo non poteva impedire al *paterfamilias* di condannare anche alla morte il suo dipendente: bensì poteva il terzo pretendere la consegna del cadavere dell' ucciso.

---

(1) *Ztschr.* cit., p. 236.

§ 4.

Darò in questo paragrafo una serie di contributi all'emendazione ed all'integrazione del testo, rispetto ai quali è da tenere presente l'avvertenza posta in principio di questo lavoro.

§ 2: nisi specialiter dicat pa[ter: peto ut etiam] liberis meis civitatem deferre dignemin[i. nam (1) si imperat]or i[ndulserit, fient] etiam liberi cives romani.

§ 3 *in fine:* quaerit ipsam personam [patris, an velit eos] habere in potestate, ut bona eorum consumat et ita [imperator concedit] aut negat.

§ 4: [Superest] ut illud tractemus: peregrinus et sibi [et uxo]ri suae peregrinae petit civitatem romanam, nunc quaeritur, [an spec]ialiter debeat petere ut et filius, qui nascitur, civis romanus [fiat; sed videtur roma]nus esse; nam diximus, quod si eo tempore, quo parit, mulier in *ci*vi*ta*[te est roma]na et maritus, qui nascitur civis romanus erit.

§ 5: quid ergo petet [pater]? quod civis romanus nascitur, non interdum re[scripto fit], sed interdum [propter beneficiu]m (2) senatusconsulti, ideo specialiter debet petere, ut is qui nascitur [in pote]state eius sit, non debet petere ei civitatem romanam.

§ 6: Peregrini [vel speci]aliter (3) petebant ab imperatore civitatem romanam, [vel gen]erali beneficio perveniebant ad civitatem romanam. nam gene[rale b]eneficium, quo petebant peregrini ius Latii, [Latium diceb]atur, [quia ex La]tio origo civium romanorum duc[itur et ideo quod dicitur Lati]um est ius civitatis [romanae optinendae].

§ 8 *in fine:* si autem ad ius Latii ma[ioris vel minoris] veniebant, omnimodo erant in potestate.

§ 12: Prius de his personis inspicia[mus. et cum quae] personae in potestate sunt atque in manu vel in mancipio

(1) Cfr. § 1.
(2) [pp. bfu]m.
(3) Cfr. § 8.

ple[ne trac]tavimus, nunc consequens est ut dicamus, quemadmodum istae person[ae alieno] subiectae iuri liberentur et fiant sui iuris. nec enim semper quae in [potesta]te vel in manu vel in mancipio sunt constitutae retinentur, sed ces[sant, cum] ex certis usibus liberantur.

§ 16: Si vero tempore, quo [moritur] avus, pater non sit in familia, aut quod mortuus est aut quod e[mancipa]tus est, aut si filios [ex a]lia [causa] avus non habuerit in pote[state], nepos qui alias in potestate non fuit mortis tempore [in potestatem alterius non cadit, sed] sui iuris [fit. ergo] erit di[cendum liberari] morte parentis etc.

§ 20: Ergo eis, qui aqua et igne [interdicuntur, vel] patri vel filio patria potestas tollitur. *verum* si pater ab [hostibus] captus fuerit, [quamvis servus hostium fiat, non illico] erunt filii sui iuris.

§ 22: ut dicas eos sui iuris esse. eo[s vero si dicas in pote]state, opponitur tibi statim: cuius sunt in potestate? servi [enim non habent in potestate filios] eorum. qui ab hostibus captus est servus est. ergo servus pater [hostium, et ideo non habet f]ilios in potestate. utrumque ergo difficile est: sive dicamus sui iuris [filios esse], illud opponitur, quod si revertatur et postliminium recipit, [redit ad st]atum suum; sed *si* dicamus eos in potestate, illud, quod est facilius, [opponitur...] (1).

§ 27: [nam potest di]cere: si maior essem, prius deliberassem, prius quaesissem, n[ec heredita]tem adiissem; modo per inconsultam aetatem temere ad[ii. peto] in integrum restitui. hoc quod dicit extraneus, potest minor su[us dicere], si temere se miscuerit bonis paternis.

§ 28: tenetur oneribus hereditariis, quod deest i[lli restitutionis benefici]um; nec potest maiori, nisi exhibuerit interdum iustae causae [rationem, subveniri: eis enim potest imperi]ale beneficium d[ari, et] eos quidem hoc contingit.

§ 29: coeperunt proferre t[itulos].

§ 32: La lezione *possunt in integrum restitui a praetore* (2) non può accettarsi perchè il testo contrappone precisamente la restituzione dei maggiori *per rescritto* a quella dei minori

---

(1) Cfr. l' indice greco delle Ist. 1, 12, 5.

(2) p. i. i. r. a praet. (KRUEGER).

per ministero del pretore. Non è facile la lettura; forse: *possunt rescriptum impetrare.*

§ 36: Ista dicitur cretio propter [id, quod tempus] datur ad deliberandum.

§ 40: et [licet pleri]que [1].

§ 42: si eate[nus sepa]ratim dicat.

Eatenus nel significato di « soltanto ». Il Mommsen propone ingegnosamente " si ea te[cte sepa]ratim dicat ": ma per tacer d' altro mi pare che l' *e* che rimane all' estremo orlo della pergamena non sia nella forma, che dovrebbe assumere per costituire il gruppo « ec ».

§ 54: È da proporre un mutamento di interpunzione: nam nihil possunt hodie facere, dum ille se [dicit] deliberare; convenire eum etc.

§ 58: quod ergo facere non possit qui actionem non habet, [ad]eo potest facere qui longam cretionem habet?

§ 61: sed universitatem in omnibus res[tituit et qui] dimidiam videtur restituere [2].

§ 62: Universitatis dicimus, idest iuris, eo ipso quod pars aliqua [hereditatis re]stituitur, [quamvis omnium] rerum pars [tantum restituatur] et e contrario cet.

§ 65: nec bona debet usurpare, sed [petere] debet [ab herede, cum is hereditatem adierit, ut] restituat ei fideicommissum. nam heres instituitur directis verbis [nec ab alio] petit hereditatem, sed suo iure potest aut directe adquirere si[bi aut repudiare] h[ereditatem].

§ 68: nam quando heres hereditatem deferre [volebat, gen]eraliter, *quia* onera hereditaria apud eum [manebant et] actio[nes hereditarias suscipere debebat, stipulabatur ab emptore] ut quidquid venditor hereditario [nomine] solverit bona fide.... bona fide solvi privatim his semper de[bitum ab herede n]ec[esse est, cum ita videtur] manifestum esse debitum, [ut non expediat] litigare.

§ 70: [et quoniam hae stipulationes soleban]t interponi

---

(1) (*lc. pleri*)*que*.

(2) Da correggere: " sed universitatem in omnibus videtur restituere et qui dimidiam restituit ".

inter heredem et fideicommissarium, ideo apud veteres loco empto[ris hic erat] (1).

§ 73: ac si ex senatusconsulto trebelliano restituatur [hereditas. tunc enim] non est locus trebelliano, sed ex pegasiano ista fideicommissa (2) [transeunt a]c si ex trebelliano restituta essent.

§ 76: Ergo hereditariae non transeunt actio[nes, sed stipulationes] erunt necessariae.

Le ultime linee del § 76 non corrispondono a Gai. 2, 259, ma a Gai. 2, 254. Sarebbe quindi meglio far cominciare da esse il § 77, integrando a un dipresso così:

[Vidimus quod] fideicommissa aut universitatis sint, aut singularum rerum, ut tri[tici].

E in seguito:

Ergo potest dicere: Rogo te, heres, ut illi Gaio Seio des centum, [vel illi Lucio Ti]ti*o* illum fundum, heres, res[tituas vel il]lam domum ill[i Maevio des].

---

(1) Il § 71 va diviso in due parti: si potranno designare come § 71[a] e e § 71[b].

(2) *fesa* si può leggere ancora.

Fragmenta interpretationis Gai institutionum Augustodunensia

post Aemilii Chatelain et Pauli Krueger curas ediderunt

C. Ferrini et V. Scialoja (*).

Gaianarum institutionum interpretatio ex codice rescripto Augustodunensi quomodo innotuerit satis inter iuris romani studiosos constat. Postquam enim vir παλαιογραφίας quam vocant peritissimus Aem. Chatelain de huius codicis historia, lectione atque argumento disseruit sexque seius paginas edidit (1), de novis fragmentis in lucem protractis et de eorum emendatione cum C. Ferrini (2), tum V. Scialoja (3) brevibus commentationibns tractaverunt. In quarta Gai ipsius editione P. Krueger, apographo et imagine codicis arte photographica expressa ab eodem Chatelain acceptis, omnia quae legi potuerunt publici iuris fecit (4): coniecturas quasdam suppeditavit Th. Mommsen, qui et Epimetrum de operis origine atque natura adiecit (5). Cum per hanc pleniorem fragmentorum editionem melius eorum indoles perspici potuisset, rursus de his tractavit C. Ferrini (6). Generatim de novo invento locutus est A. Dareste, ne id eos viros doctos lateret, qui iuri nostro non student (7).

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, 13, 1900, pp. 5-31].

(1) *Revue de philologie*, 23, p. 177 sq.

(2) *Rend. Ist. lomb.*, 1899, s. 2ª, 32, p. 947 sqq. [*supra*, p. 421 sqq.].

(3) *Bull. Ist. dir. rom.*, 11, 1899, p. 107 sq.

(4) Berolini, 1900, pg. XL-LXIV.

(5) Ibid., p. LXV-LXVII.

(6) *Atti Accad. Torino*, 1900, 35, pp. 526-537 [*supra*, 425 sqq.].

(7) *Journal des savants*, 1900.

Novam Augustodunensium fragmentorum editionem parandam suscepimus, cum vir clarissimus Aem. Chatelain, quae sua est humanitas, foliorum rescriptorum quae legi possunt imaginem a se photographica arte expressam nobis communicaverit. Nam licet haec interpretatio imperito cuidam et barbaro fere ludimagistro, qui, ut videtur, saeculo IV vel V ineunte in provinciali schola ius docuit (1), tribuenda sit, non ea tamen est quae sine incommodo neglegi possit. Praebet enim huius temporis doctrinae atque studiorum documentum et quosdam Gai locos illustrat, qui in libro Veronensi legi non potuerunt. Equidem speramus, compluribus locis vel nunc primum lectis vel emendatius editis, hanc editionem nostram philologiae et romani iuris studiosis usui futuram.

Foliorum imagines cum antea uterque nostrum per se, tum postea simul communibus curis exprimendas contendimus. Scripturam codicis immutatam reddendam duximus, ne forte aetatis vel regionis insignia deleremus: manifestissimos tantum errores, in quibus ne scriptor quidem sibi constat, omisimus. Ne tamen eiusmodi rerum peritioribus desit materia iudicandi, omnes sive errores sive soloecismos sive denique minus solitos scribendi modos huc referendos esse existimavimus:

fol. 107^{r}, v. 5 degnimini — fol. 107^{v}, v. 2 illut — v. 20 decorionis — v. 25 naturalis (- es) — v. 28 adoptio]nis (- nes) — fol. 110^{r}, v. 2 tractabimus (- vimus) — v. 3 iste persone — v. 4 subiecte iu*re* (?) — v. 14 parentes (- is) — vv. 26. 27. 31 parentes (- is) — v. 32 illu*t* (?) — fol. 110^{v}, vv. 1. 6 aquae et ignis — v. 8 aqua et igne — v. 12 bellorum (belli. iure) — v. 32. 33 illut. — fol. 109^{v}, v. 2 heredis (- es) — v. 5 paenitudine — v. 17 minore (- i) — v. 25 honeribus — fol. 109^{r}, v. 1 rescribtum — v. 6. 7 imperantur... imperata (impetrantur... impetrata) — v. 7^{bis} aliut — v. 21 diliberet (*at* v. 20 ' deliberandum ') — v. 24 scribsit — v. 33 dictione (*scr.* de d.) — fol. 108^{v}, v. 11 scrib[tus — v. 13 scribtus — v. 14 penitentia —

(1) Cum Gaius *praetoris* tantum fecerit mentionem, interpretatio etiam *provinciae praesidem* addit (ad G. 2, 258). TH. MOMMSENI de operis origine coniecturam admitti non posse docuit C. FERRINI, *Atti* Laud. [*supra*, p. 429 sqq.].

vv. 16. 17 distinatio (*ter*) — v. 18 scribtus — v. 27 penitenti[am — v. 30 distinatione — vv. 31. 33 scribtus — fol. 108^r, v. 2. 3 diliberare (*at* vv. 6. 12. 14 deliberare) — v. 19 scribtus — v. 32 verborum (*perperam additum*) — fol. 106^v, v. 12 et fol. 103^r, v. 28 pene — fol. 105^v, v. 22 penis — fol. 106^v, v. 15. 16. 17 = fol. 106^v, v. 17 sq. — fol. 106^r, v. 2 diferre (deferre) — fol. 103^v, v. 24 redere — fol. 103^r, v. 24 singolorum — fol. 105^v, v. 18 neces (necis) — fol. 104^v, v. 6 sponsiones (- nis) — v. 33 praesides (- is) — fol. 104^r, v. 24 deducte.... iudicate (*sed* v. 25 iudicatae) — v. 24 sole — fol. 103^v, v. 5 interaductum (introductum) — fol. 103^r, v. 21 unciamiam — fol. 104^r, v. 18 consumile legitimum.

In foliis 103^r (vv. 2. 5. 16. 23) atque 105^v (vv. 3. 6) legitur constanter *atio*: contra in folio 104^r (vv. 2. 4. 5. 11 etc.) recte et constanter *actio.* Verba quaedam male duplicantur in fol. 110^r, v. 18. 19: alibi verbum pro alio perperam scriptum est (ut fol. 106^r, v. 19): alibi glossemata in textum irrepserunt (fol. 104^r, v. 25).

Notae iuris frequentissimae inveniuntur.

Antiquior codicis scriptura saeculo VI ineunti omnino vindicanda est. Omnia quae ad nos pervenerunt folia una eademque manu conscripta esse videntur, licet fol. 104 et 105 angustioribus et subtilioribus litteris sint exarata. Quod versus operis finem fecisse scriptorem arbitramur spatii brevitati consulentem. Codex ipse postea emendatus fuisse videtur; utrum eiusdem an alterius cuiusdam manu, non liquet. In fol. 108^r, v. 32, vide sis verbum temere insertum in ipso libro ἀθετούμενον.

Folia et foliorum versus in editione nostra constanter indicavimus: punctis lacunarum spatia indicare conati sumus. Ubi de codicis lectione dubium non esset, eum nota « cod. » laudavimus: sed ubi litterarum ductus in photographica imagine non recte conspici possent vel non satis constarent, imaginem ipsam nota *phot.* indicavimus. Ceterum lectiones et emendationes Chatelaini et Kruegeri perpetuo in calce retulimus.

Interpretationem ipsam ad Gai textum disponendam curavimus: nam, ut satis liquet, qui eam dictavit et qui eam exceperunt institutionum commentarios ante oculos habuerunt. Eorum verba interdum litteris maiusculis relata sunt, ita ut plane videatur magister singulos Gai locos legisse eisdemque

interpretationem suam subdidisse (1). Ne tamen §rum distinctio a Kruegero introducta desideraretur, inter uncinos quadratos earum numeros servavimus.

A coniecturis fere abstinuimus: eas tantum easque brevissimas quae vel per se omnino probarentur vel ad scripturae ductus potissimum aptari viderentur in textu cursivis litteris referri passi sumus: supplementa vero, quae pro certis fere haberi posse nobis viderentur, ordinariis litteris uncis inclusa exhibita sunt.

---

(1) Praeter librum suum nihil homo noster fere cognovisse videtur. Παροιμία tamen, quam fol. 106v l. 18 refert (quod dicitur vulgo fideic[ommissum non in usur]patione esse, sed in petitione), apud Gaium non legitur. Similis est ei quae extat apud Paulum, Sent. 4, 1, 18: " ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit ".

[LIBER PRIMUS]

Fol. 107 r. 1 [§ 1] Liberi, qui cum patre inpetraverunt romanam civitatem propter **Gai. I, 93.**
2 patris [petitionem,] | cives romani sunt non propter patris condicionem,
3 sed propter beneficium [principis,] | nam, nisi modo imperator indulsisset, peregrini essent. [§ 2] Quid si solus pater inpe[travit civi-] |
4 tatem romanam? non liberi *sunt* [1] cives romani, nisi specialiter dicat:
5 " pe [2] [. . . . .] | . . . *cri* . . . . . [3] mihi *et* liberis meis civitatem deferre
6 degnimi[ni „[4]. *Si hoc* im-] | perator *indulse*rit, fient etiam liberi cives
7 romani. [§ 3] Ergo vides quod se[. . . . .] | *ci*vit . . . .
8 t eor . . . . *eg* . . . . ci*ui* [5] [. . . . .] | *erit* [6] . . . .
. . . . . . propter patris condicionem cives romani s' × × × × r[. . . . .] |
9 in*periali* [7] . . . . . nd*u*m [8] qui . . . . . debet . . . . . re [9] iste [10] pate[r . . . .] |
10 . . . . civitatem romanam specialiter debet p[. . . . .] |
11 . . . . [. . . . .] |
12 . . . . e*u*m . . . . . potest . . . . [11] [. . . . .] |
13 *fiet* . . . . e . . . . ad be[. . . . .] |
14 . . *m* . . . . le be [12] . . . . . . [. . . . .] |
15 *tur* [13] ab i*mperatore* . . . . beneficium tri*b*[. . . . .] |
16 r. [14] . . . . dare, sed tamen e[. . . . .] |
17 c*a*dunt . . . . *spe*ciale ius l*i* [15] [. . . . .] |
18 per [16] . . . . pater et sibi e[t liberis suis] |
19 civitatem romanam petit [17] . . . *sibi et liberis* benefiicum *ul* [18][. . . . .] |
20 × × *lib*(*er*)*i in p* [19] . . . . [20] . . . . nam [21] quod isti liberi c[. . . . .] |
21 *iuris* . . . . *p*atri adquisiverunt × × [. . . . .] |
22 in potestate . . . . *u*s et velit h[. . . . .] |

Fol. 107 r.: 1, 2 suppl. Kr. – 3 suppl. Chat.

[1]) *non bene legitur in phot.; an* non sunt liberi? [2]) pe[to – *suppl.* Ch., pa[ter – *dubitanter* Kr.; *fortasse*: pa[ter: peto ut. [3]) *an*: rescripto? [4]) *ita* Cod., dignemini Kr. [5]) *nihil legit in l. 7* Kr.; *nos damus quae in phot. apparent.* [6]) *dubium*; tionis Kr. [7]) *an* inperator? *scilicet* ĩp̵iali *aut* ĩp̵ator. [8]) diem Kr. [9]) *fortasse* [pete]re. [10]) ille Kr. [11]) *in fine fortasse* eor *aut* ca. [12]) *an* specia]le be[neficium? [13]) t', *id est* tur *aut* tus. [14]) *an* rescripto?; *sequuntur in phot. dubia vestigia* li (*aut* in) qui. [15]) le Kr. [16]) *sequuntur, post aliquas litteras, dubia vestigia* e n (*suprascriptum*) poterit. [17]) *post* petit *fortasse* pater. [18]) *vel* ab, *vel* ū l. [19]) liberi in potestate Kr., *sed etiam* [re]scribti p *vel* sibi ĩp̵ *fortasse legi potest.* [20]) aliquis *hic ponit* Kr.: qs *dubie apparet in phot., ubi etiam* ti it *fortasse legitur.* [21]) *vel* nisi.

23 te [1] . . . re . . . . *revertitur* . . . . pera . . . . . *uel* [2] omn*is* rediga[. . . . .] |
24 hoc . . . . ab imperatore . . . . . . *causa* cogni[. . . . .] |
25 . . . . tr . . . . cipit . . . . beneficium × [. . . . .] |
26 . . . . s *ū* [3] pr*ae*[. . . . .] |
27 × id . . . . dere . . . . puberes poss[unt . . . . .] |
28 . . . . videti*s* illu [4] [. . . . .] |
29 *su* . . . . ab. [. . . . .] |
30 praes*es* . . . . tatis . . . [5] [. . . . .] |
31 q . . . in . . . . tate t*m* iudic[. . . . .] |
32 ibi [6] . . . . *e* an hoc expedia[. . . . .] |
33 quaeritur . . . . *re* quaerit i*p*sam person[. . . . .] ||

Fol. 107 v. 1 [. . . . .] × habere in potestate, ut bona eorum consumat et ita |
2 [aut conce]dit aut negat. [§ **4**] . . . . . . *ut* illut [7] tractemus: peregrinus — Gai. I, 94.
3 et sibi | [et uxo]ri suae peregrinae petit civitatem romanam; nunc quae-
4 ritur | [an spec]ialiter debeat petere, nt et*iam* [8] filius, qui nasc*i*tur [9],
5 civis romanus | [sit. hoc non est] necesse: nam diximus, quod si eo
6 tempore quo parit mulier civi*a* × [10] | [. . . . .] × na et maritus, qui na-
7 scitur civis romanus erit. [§ **5**] Quid ergo petet? | [*Diximus*] quod
civis romanus nascitur non secundum [11] *rescript*um, sed secundum [11] |
8 [*tenore*]m senatusconsulti [12]: ideo specialiter debet petere, ut is qui
9 nascitur | [in potes]tate eius sit, non debet petere ei civitatem roma-
10 nam; | [*non enim ci*]vitate ipsa habebit *natos in potestate*. [§ **6**] Pe- — Gai. I, 95.
11 regrini | [aut speci]aliter petebant ab inperatore civitatem romanam, |
12 [aut gen]erali beneficio perveniebant ad civitatem romanam.[13] Gene- | — Gai. I, 96.
13 [rale b]eneficium, quod *postulabant* [14] peregrini, ius Latii [15] dicebatur. |
14 [cum ex La]tio origo civium romanorum *duceretur* [16], ideo ius Latii
15 *nm* [17] | [*dict*]um est i*u*s civitatis *romanae* [18]. [§ **7**] Interdum po-
16 pulus romanus vel imperator de- | [fereba]t civitati ius Latii. *hoc*
17 *autem* [19] diceba*tur* ius Latii minoris, ius | [Latii m]aioris. Interdum di-
18 cebat populus: " deferimus illi civitati ius | [Latii m]aioris ", si dicebat
19 ius Latii maioris, statim qui in magis- [tratu e]rant positi vel in

---

Fol. 107 v.: 3, 4, 9, 13, 16, 17, 18 suppl. Chat. - 10, 19 suppl. Kr.

1) te p Kr. 2) *vel* ut. 3) si iu? 4) videtis quod Kr.; *dubium* videt in. 5) tatis et Kr. 6) ibi in Kr. 7) ut illud Kr., *fortasse* us illut. 8) et Kr. 9) *an* nascetur? 10) in via Kr., *fortasse* civ(is) ia[m est roma]na, *vel* civ(is) iam [facta est roma]na. 11) interdum Kr. 12) cf. Gai. I, 92. 13) romanam. nam Kr. 14) quo petebant Kr. 15) ius latii, *latium* Kr. 16) ducitur Kr. 17) *an* nomen? *post* ducitur *nihil legit* Kr. 18) romanae *non legit* Kr. 19) hoc autem] et Kr.

20 honore aliquo, perveniebant ad civitatem romanam, | [*item* de]corio-
21 nis.[1] si autem dicebat ius Latii minoris, hi soli pervenie- | [bant a]d
22 civitatem romanam, qui erant in magistratu vel in aliquo ho- | [nore
pos]iti. [§ **8**] Ergo intererat inter beneficium speciale et generale,
23 quo ius Latii | [defere]batur, quod ubi speciale *beneficium petebatur*
24 .... nisi[2] specialiter | [*etiam* peti]tum fuisset ut essent liberi in
25 potestate; si autem ad ius Latii *ma-* | [ioris perven]iebant, omnimodo
26 erant in potestate. [§ **9**] Non solum natural*es*[3] liberi, | [secun]dum **Gai. I, 97**
ea quae diximus, possunt in potestate patris esse, *sed etiam hi qui* |
27 [adopt]antur. tractandum ergo nobis est diligentius, *quemadmodum*
28 fiant | [adoptio]n*es*.[4] nam quemadmodum diximus *quod*[5] liberi, qui
29 ex legitimis matrimo- [niis su]scipiuntur, in potestate sunt, et tra-
30 ctavimus quae sint legitima | [matri]monia, sic nunc adicimus: hi qui
31 adoptantur, in potestate sunt. [§ **10**] Debemus [ergo t]ractare quem- **Gai. I, 98**
32 admodum fiant adoptiones. Adoptiones sunt quidem duae | [.........
.., eo]s, qui alieni iuris sunt, aut eos, qui sui. cum duae sint species
33 adoptionum, | [*duplici*] modo adoptio celebratur: vel sui iuris personae
apud populum adop- ||

[*quattuor paginae videntur periisse*]

[§ **11**] [*Videamus nunc quomodo hi qui alieno* **Gai. I, 12**
Fol. 110 r. 1 *iuri*][6] subiecti sunt, eo iure liberentur. [§ **12**] Prius de his personis **Gai. I, 12**
2 inspicie[mus. quae] | personae in potestate sunt vel quae[7] in manu
3 vel mancipio, ple[ne trac] | ta*v*imus[8]. nunc consequens est, ut dicamus
4 quemadmodum ist*ae*[9] person*ae*[10] [alieno] | subiect*ae*[11] iure[12] liberen-
5 tur et fiant sui iuris, nec enim semper quae in[potesta-] | te vel in manu
6 vel in mancipio sunt constitutae, retinentur, sed cer[13] [tis modis] | et
certis casibus[14] liberantur. [§ **13**] Et superius tractavimus de his **Gai. I, 12**
7 qu*ae* [in potestate sunt.[15]] | prius t*ractemus*, quemadmodum exeant **cf. Gai. I,**
8 de potestate. in potestat[e sunt servi] | dominorum *aut* liberi paren-

---

Fol. 107 v.: 21, 22, 23, 25, 26, 27, 29, 30 suppl. Chat. - 20, 28, 31, 32, 33 suppl. Kr. Fol. 110 r.: 2, 4 suppl. Chat. - 1 suppl. Kr.

1) dec]uriones *emend.* Kr. 2) nisi *legitur in phot.*: liberi non fiebant in potestate, nisi *suppl.* Kr.: *fortasse legendum est* non erant liberi in potestate, nisi. 3) naturalis Cod. 4) -nis Cod. 5) quod *incertum est, non habet* Kr 6) *suppl. ex* Gai. 1, 124. 7) atque Kr. 8) trac|tavimus Ch. Kr.; trac|tabimus Cod. 9) iste Cod. 10) persone (*aut* persona|) Cod. 11) subiecte Cod. 12) iuri *fortasse leg.* 13) ces|sant et| Ch., ces|sante iure| Mommsen Kr. 14) ex certis usibus Kr. 15) *scilicet* ī p̊tate s'

9 tum. [§ **14**] Exeunt servi de potesta[te domi-] | norum, secundum
10 ea quae diximus de manumittendis servis. [nam servus non] | aliter
11 potest exire de potestate, nisi manumissione. nam [si domi-] | nus eius
12 decesserit, ad heredes transit dominium. ergo *hi*[s modis [1]] | exeunt
13 de potestate, quibus modis manumittuntur aut ut [fiant de-] | diticii
aut latini aut cives romani. [§ **15**] Liberi autem [2] diversis modis **Gai. I, 127.**
14 liberan[tur. liberantur] | morte parent*is* [3], cuius fuerint in potestate,
15 si non sint in alter[ius potestatem] | rec*a*suri [4]. ut puta pater habet
16 filios vel filias in pote[state. si] | decesserit, erunt sui iuris filii vel
17 filiae. si avus decesserit, [inter fi-] | lium et nepotem extat distinctio [5].
18 filius quidem erit s[ui iuris,] | nepos vero non erit sui iuris, *nam cadit* [6]
19 in patris potestatem. [non erit sui] | iuris, nam cadit in patris pote-
20 statem nepos per mor[tem avi] | si *non sit* [7] *in* alter*ius potestatem*
21 recasurus. tunc [nepos] | non cadit in potestatem alterius, [§ **16**] si
22 quidem [8] tempore quo [moritur] | avus, pater non sit in familia, aut
23 quia [9] mortuus est, aut quia [9] e[..........] | t......................
24 ..... [10] avus non habuerit in pote[state .] | nepos qui .... [11] *in*
25 potestate non fuit mortis tempore [..........] | [§ **17**] ....
26 .... [12] morte parent*i*[s, cuius] | parent*is* [13] fuerint in po-
27 testate, sed *non* in alterius pote[statem] | *r*ecasu*r*i. [14] nam generaliter
28 dicimus morte parentis, *s*[*cilicet eius* [15]] | cuius fuerint *in potestate.*
29 quod si filius et nepos ex eo sit [16] [in potes-] | tate, et pater mortuus fue-
30 rit, non fient prius sui iuris q[uam avus] | mortuus est, cuius fuerint in
31 potestate. [§ **18**] ideo sic dicim[us: mor-] | te parentis, cuius parent*is* [17]

Fol. 110 r.: 8, 10, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 23, 30 suppl. Chat. – 29 suppl. Kr.

1) hoc [modo non] Kr. *qui ideo verba sequentia corrupta dicit nec lacunas supplere potest.* 2) liberantur Kr., *qui post sequentem* modis *punctum ponit et in adnot. crit. scribit:* " *ante* liberantur *videtur intercidisse* liberi „. 3) parentes Cod. 4) recessuri Cod. *sec.* Kr.; *phot. non bene legitur.* 5) *ita phot.;* extat haec differentia: statim *dubie* Kr. 6) sed erit *dubie* Kr. 7) si noscitur Kr. 8) si vero Kr. 9) quod Ch.; quia *dubie in adn.* Kr. 10) e[mancipa] | tus est, aut si filios ..... ha ..... Kr.; filios ex hac vel illa causa Mommsen; filios ex alia causa Ferrini; *sed in phot. etiam verba quae Ch. legit non satis apparent.* Cf. Gai. I, 127. 11) qui alias Ch. Kr. 12) ..... sui iuris ..... erit. Di ..... Kr.; Dicimus liberari eas Mommsen; mortis tempore [in potestatem alterius non cadit, sed] sui iuris [fit. ergo] erit di[cendum liberari] morte parentis Ferrini. 13) parentes Cod.; parenti[s cuius] | parentis *suppl.* Mommsen. 14) *ita phot.;* in alterius pote[state sub]iectae iuris Kr. 15) parentis s[.....] Kr. *qui in adn. supplet:* s[ui iuris fiunt, eius scilicet]. 16) nepotes ex eo sint *scr.* Kr. *ob sequentia* fient ... fuerint. 17) parentes Cod.

32 fuerint in potestate. nec [suffi-] | *cit*, *sed*[1] et illu*t*[2] adiciendum est:
33 si non in alterius potest[atem] | recasuri sunt. habes ergo pronum[3]
Fol. 110 v. 1 modum, quo exeu[nt liberi] || [de potes]*tate*. [§ **19**] Quid erit, si **Gai. I, 128.**
2 aqu*ae* et ignis[4] vel[5] patri interdicatur vel liberis? | [patria] potestas
3 tolletur. ut puta pater habet filium in potestate; | [facit] tale crimen,
4 ut aquae[6] et ignis ei interdicatur: per hanc poenam adimitur | [ei ci-
vi]*tas romana et in*cipit *esse* peregrinus: peregrinus factus iam fi-
5 lium | [civem ro]manum habere in potestate non potest. et e contrario
6 filius, qui, cum in | [patris] potestate est, facit tale crimen, ut aqu*ae*
7 et ignis ei interdicatur, | [*quo facto*] adimitur ei civitas romana, in-
8 cipit esse peregrinus, peregri- | [nus fac]tus in potestate patris civis
9 romani esse non potest. [§ **20**] Ergo si[7] aqua et igne | [interdicitur]
10 patri vel filio, *patria* potestas tollitur ....[8] pater ab | [hostibus] **Gai. I, 129.**
11 captus fuerit ....[9] filii sui iuris? hoc ple- | [niore] deli-
gentia[10] nobis tractandum est. [§ **21**] Qui ab hostibus capitur, servus |
12 [hostiu]*m fit* cu*iuscumque fu*erit dignitatis.[11] nam hoc bellorum[12] ge-
13 neraliter | [*accep*]*t*um est, si cap ....
14 incipiat | [........]*m* esse p*otestate* .... *hostibus* ....
15 ..... vitae necis- | [que pote]state*m* .... exeunt
16 de potestate | [.........] pater ....
17 *ab hostibus* hodie | [.... *cap*]tus ab hostibus ..... *interficitur* potest
18 fieri, ut apud host*es*[13] moriatur | [..........] revertatur ....
19 .... m *postlimin* | [........] .... t ..... et ......
20 *ius quo* .... sta- | [........] ....
21 .... *eger*it lim[14] | [........] pul ....
22 .... *rece*pit[15] | [........]atur ....
23 *possumus* tractare. pater ab hos- | [tibus ca]ptus est vi*vus* ....
24 ... liberi de potestate *non* .... s | [........] ....
25 .... ex postliminio | [........] × *t*at[16] ....
26 *pater* ... ap .... *t* potestate*m* | [........]dica*s* ....

Fol. 110 r.: 32 suppl. Chat. — Fol. 110 v.: 2, 5, 6, 8, 10 suppl. Chat. – 3, 4, 7, 15, 23 suppl. Kr.

1) nec [hoc sufficit sed] *suppl.* Kr., nec[essario tamen] Mommsen. *In phot. vestigia* cit s' *apparent, quae firmant* Kr. *coniecturam.* 2) *vel* illu*d.* 3) primum *scr.* Kr. 4) aqua et igni Kr. 5) et Kr., *qui in adn. emend.* vel. 6) aqua Kr. 7) eis qui Kr. 8) velut si Kr., *qui in adn. coniecit* verum si; *fortasse legendum est* quid autem si (*scilicet* qd āt si). 9) fuerit... erunt Kr. 10) diligentia Kr. 11) *ita phot.*; Kr. *nihil legit.* 12) belli iure *em.* Kr. 13) hostis Cod. 14) limen Kr. 15) recipit Kr. 16) po]testatem Kr.

27 ... *si* hodie di*cis* liber*atos* [1] patria | |potes| .... in [2]
28 potestate. [§ **22**] Qui ergo hac necessitate | [. . . . . . .] duc*eris* ad
29 *responsum* [3], ut dica*mus* [4] eos sui iuris esse, eo × | [. . . pote]state,
30 opponitur tibi statim: cuius sunt in potestate? servi? | [*nam pate*]r
eorum, qui ab hostibus captus est, servus est. ergo *servus pater* |
31 [non habet] filios in potestate. utrumque ergo difficile est: sive di-
32 camus sui iuris | [*esse filio*]*s*, illu*t* [5] opponitur, quod si revertatur et
33 postliminium recipit, | [redit ad st]atum suum; *si* [6] dicamus eos in
potestate, illut [5] quod est [7] facilius || ....

[LIBER SECUNDUS]

Fol. 109 v. 1 extranei autem deliberandi arbitrium habent. [§ **23**] nam possunt
2 [re] | pudiare hereditatem, possuut etiam adire. [§ **24**] Sed sui he-
3 red*es* [8] licet repudiar[e non] | possint hereditatem, quia statim fiunt
4 heredes, tamen abstinere pos [9][sunt prae-] | toris beneficio. [§ **25**] *at*
5 si non abstinuerint .... [10] *se* miscuerint h[ereditati, nec] | recedere
6 postea ex paenitudine possunt. sicut enim si extran[eus heres] | semel
7 adierit hereditatem, iam tenetur, ita et suus heres, si [semel] | se mi-
8 scuerit, omnimodo tenebitur. quod facit in extraneo [aditio,] | hoc facit
9 in suo herede, si se miscuerit bonis parentis. Ergo [si vult] | non te-
neri, ab initio se abstineat *a* bonis parentis. [§ **26**] Vel [11] extr[aneus |
10 *ut* [12] adierit hereditatem, potest in integrum restitui, ut postea absti-
11 neat. nam s[i minor] | sit XX *V* [13] annorum, habet generale beneficium
12 in integrum restitution[is, quod pol-] | licetur praetor huius aetatis
13 hominibus. nam minor **XX** *V* *a* [14][nnorum] | decipi vel [15] circuiri.......
14 ..... *gn* ×××××× is imbecilli[tat ... [16]] | .... [17] ī [18] damno isti mi-

Gai. II, 163.
cf. Gai. II, 162.
cf. Gai. II, 153.

Fol. 110 v.: 26 suppl. Kr. - 31 suppl. Chat. — Fol. 109 v.: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 suppl. Chat. - 7, 11 suppl. Kr.

1) hodie dico liber ***** Kr. 2) go Kr. 3) non sum Kr. 4) dicas Kr. 5) illud Kr. 6) sed Kr. 7) et Kr. 8) heredis Cod. 9) po Kr. 10) vel per id se Kr. *qui vult pro* per id *scribere* potius; Mommsen *mavult* perinde; *in phot. haec verba legi non possunt.* 11) ū (= vel) Cod.; [suus heres se miscuerit hereditati] vel *coniec.* Kr. 12) *non bene legitur in phot.;* licet *coniec.* Kr.; *an* cum? 13) XX Cod. *sec.* Ch., XXV *dubium in phot.* 14) XXI an[... Cod. *sec.* Ch., XXV a[...*aut* XX a[. *legimus in phot.* 15) *ita phot.*, qui sic possunt Kr. 16) magno per aetatis imbecill[... Kr. 17) enoreturi (?) Kr.; em *dubitanter legimus in initio.* 18) ī (= in) *aut* ū (= vel) *phot.*

15 nori pollicetur praetor genera[liter] | in integrum restitutionem, ut
16 si quid perperam minor gesseri[t, in inte-] | grum restituatur. interdum
17 perperam vendit rem suam: potest restit[ui a praetore] | vel a praeside, si ostendat se minore*m* [1]. [§ **27**] ergo sicuti ceteris s[......[2]] |
18 in ceteris causis in integrum restitutionis auxilium mer*e*tur × × [...
19 .. si [3]] | ignarus damnosam hereditatem inconsiderate adierit, [potest
20 dice-] | re: " si maior essem, prius deliberassem, prius quaesissem. n[ec
21 heredita-] | tem adissem [4]: modo per inconsultam aetatem temere
22 adi[i. a te peto] | in integrum restitui „. hoc, quod dicit extraneus,
23 potest minor su[us dicere,] | si temere se miscuerit bonis paternis.
24 [§ **28**] quod si maior [fuerit] | extraneus qui adierit vel suus qui
25 miscuerit se bonis, [in integrum] | restitui non potest. omnimodo te-
26 netur honeribus [5] hereditariis, quia [6] deest il[li benefici] | *u*m, nec
27 potest maior*i, nisi exhibeantur* [7] interdum iustae causae, [in in-] | tegrum restitu*i* [8] *nec enim maioribus* [9]. . . . . generale beneficium
28 d[at prae-] | *t*or. *quid hoc contingit?* [10] [§ **29**] Quidam cum maior
29 esset aetate, contra opini[onem] | adiit hereditatem, quam putabat non
30 esse damnosam. ideo [puta-] | bat eam non esse damnosam, quod aes
31 alienum in occulto [erat.] | emerserunt plures creditores; coeperunt
32 proferre t[estes [11]] | × *cum* [12] debitum fecit apparere hereditatem damno-
33 sam, [heres, qui] | maior adierat, tenebatur. dedit ergo preces impe-

Fol. 109 r.

1 rat[ori ......] || [........] *non sit quod f*uerat, [13] meruit speciale re-
2 scribtum, ut recede | [ret] ab [14] hereditate. [§ **30**] Ita dixit: " ignorans,
3 cum lateret aes alienum, | [adii] hereditatem; postea emersit grande
4 debitum, apparuit damnosa | [hereditas]: ergo a te peto, ut liceat mihi
5 discedere „. concessit ei imperator. [§ **31**] Hoc ergo | [exem]plo [15] ho-
6 dieque si *tal*.... cedit, [16] possumus dare consilium, ut | [suppl]icet, [17]
7 nam facile imperantur [18] ab imperatore *e*a qu*a*e [19] iam ab | [aliis] imperata [20] sunt. aliut [21] est novum beneficium petere, aliut [21] est id pe- |

Fol. 109 v.: 14, 16, 20, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 32 suppl. Chat. - 15, 19 suppl. Kr. — Fol. 109 r.; 2, 3, 7 suppl. Chat. - 5, 6 suppl. Mommsen.

1) minore Cod. 2) s[ubvenitur] *suppl.* Kr. 3) [minor, si] *suppl.* Chat. 4) adiissem Kr. 5) *sic* Cod. *pro* oneribus. 6) quod Kr. 7) exhibuerit Kr. *qui postea legere vult* iustas causas *pro* iustae causae, *aut hic* extiterint *pro* exhibuerit. 8) *an* restitutio (*scil.* r-tituo)? 9) *valde dubitanter haec damus ex phot., nihil legerunt* Ch. Kr. 10) eos *vel* tor quidem hoc contingit Kr.; *lectio dubia, an* hinc? 11) *vel* t[abulas]. 12) cum Kr. 13) impera[tori, cum] || [hereditas] non sit quod fuerat Kr., *in phot.* uerat *tantum legi potest. an* latuerat? 14) a]b Kr. 15) [rescr]ipto Ch. Kr. 16) si tali re procedis Kr.; si talis res procedit Ferrini *an* taliter res cedit (?) 17) suppl]icetur Kr. 18) impetrantur *scr.* 19) aq Cod. 20) impetrata *scr.* 21) aliud Kr.

8 [tere, c]uius extant exempla. [§ 32] *Nam* . . . . . [1] factum est, *ut si* [2]
9 maior | [. . . . .] licet per ignorantiam omnimodo. . . . . [3] di-
10 scedere ab hereditate, | [exem]plum habet, propter quod *exemplum*
11 *etiam alii possunt* impetrare. [4] [§ 33] ergo ubi | [is mi]nor est qui
adiit vel qui se miscuit, per praetorem vel per praesidem provinciae
12 potest | [in integrum] restitui. si [5] qui maior ī. [6] sine beneficio prin-
13 cipali non poterit . . . . [7] | [. . . . . [8]] auxilium exorari ei heredi,
14 secundum ea quae tractavimus. | [§ 34] [Extra]n*ei*, [9] qui habent **Gai. II, 164.165.**
15 potestatem, quamdiu volunt, tamdiu protrahunt | [aditio]nem here-
16 ditatis: et quid interea facient creditores? quid illo tempo- [10] | [re fiebat]
interea de sacris, quorum magna erat observatio? [§ 35] ideo qui
17 testamenta fa- | [ciunt, s]i scribunt extraneos heredes, dant eis certum
18 tempus | [ad cernen]*d*am [11] hereditatem: quod est tale: " Titius heres
19 esto cernitoque in die- | [bus cent]um, si non creverit, exheres esto ".
20 [§ 36] Ista dicitur cretio, propter *id* [12] | [quod tempus] datur ad de-
21 liberandum [13], hoc est ad decernendum. ideo | [cretio dic]itur quia [14]
22 ad hoc accipitur tempus, ut apud se diliberet [15] et decernat, | [an ade-
un]*da* sit hereditas. [§ 37] Ergo ubi datur cretio, aut adit intra **Gai. II, 166.**
23 tempus et verba dicit | [cretionis], aut, si non dixerit verba cretionis
24 intra tempus, excluditur. [§ 38] Quae autem sunt | [verba cre]tionis?
25 is [16] dicit: " quod ille Gaius me scribsit [17] heredem, adeo cer- | [noque
heredi]tatem ". [§ 39] Nisi haec verba dixerit intra tempus, quod
26 praefinivit tes- | [tator, ex]cluditur, etiam si pro herede gessit [18]; etiam
27 si teneat res hereditarias, | [nisi haec ver]ba dixerit intra dies prae-
28 stitutos, heres esse non poterit. [§ 40] Et scire | [debes, quod quan-] **Gai. II, 170.**
29 tum vult testator tempus dat ad cretionem; et | [licet pleri]que te-
30 statores centum dies dant, potest quidem et brevius | [tempus dare;]
potest dicere: " cernito in diebus X, cernito in diebus XX ". potest

---

Fol. 109 r.: 11, 15, 22, 24, 25, 26, 30 suppl. Chat. - 8, 12, 14, 17, 18, 19, 21, 23 suppl. Kr.

1) sicut *dubitanter damus ex phot.;* per gratiam Kr.; per gradus Ch. 2) *vix legitur in poth.* 3) heres fit, ei Kr., *sed haec omnia valde obscura sunt.* 4) exemplo (exempla Ch.) eius (eius etiam Ch.) possunt in integrum restitui *a* praetore Kr. (*pro* in integrum restitui a Cod. *habet* iir *sec.* Kr., pup *sec.* Ch.). 5) sed Ch., sed *vel* si Kr. 6) interest Ch., i * Kr. *qui scripsit* est. 7) in Kr. 8) [integrum restitui neque] *suppl.* Kr. 9) nam *pro* nei Ch. 10) tempore Kr. 11) [ad cer]nendam Kr., ... ad Ch. 12) quod Ch., id Kr., *in phot. non bene legitur.* 13) *vel* diliberandum Cod. 14) *ita* Kr. *et phot.*; quod Ch. 15) deliberet Kr. 16) si^s Cod. *sec phot.*, si Cod. *sec.* Ch. Kr., sic *scripsit* Kr. 17) scripsit Kr. 18) gesserit Kr.

31 et | [longius] constituere: “ cernito et in biennio, cernito in anno „. |
32 [§ **41**] [Sed vulgo] datum tempus et consuetum est “ centum diebus „.
33 [§ **42**] Dicit ergo | [heres ha]ec verba: “ adeo cernoque hereditatem „. **Gai. II, 166.**
Fol. 108 v. 1 Nihil quaeritur nisi [1] dictione || verborum. Ergo intra tempus ubi dicat
2 non interest, ut tamen probetur. interim si ea*le*[*nus sepa-*] | ratim
3 dicat, unde potest probare quod verba cretionis dixerit? d[ebet] | ergo
adhibere [2] amicos, quibus praesentibus haec verba dicat. [§ **43**] Quod **Gai. II, 169. (cf. 166. 167)**
4 si sin[e cretio-] | ne scriptus fuit, haec verba cretionis dicere non co-
5 getur, sed potest [3] [etiam pro] | herede gerendo adquirere hereditatem.
6 [§ **44**] Quid est pro herede gerere? ani[mum] | habere capiendae he-
7 reditatis. ergo si aut rem teneat aut praesentibus [amicis] | dicat velle
se heredem esse, satisfacit aditioni hereditatis. [§ **45**] nam duobus
8 [mo-] | dis ab extraneis heredibus aditur hereditas, aut cretione aut
9 pro herede gere[ndo.] | Cretione, ut verba dicantur; pro herede [4], ut
10 ostendat se animum [ha-] | bere capiendae hereditatis. Sed heres is,
11 qui cum cretione scriptus est heres, nisi [5] [verba] | cretionis dixerit,
12 heres esse non poterit; qui autem sine cretione scrib[tus [6] est,] | vel
cernendo vel pro herade gerendo potest adquirere hereditatem. [§ **46**]
13 ex hoc *i*[sta] [7] | nascitur differentia: qui sine cretione scribtus [8] est
14 heres, potest medio t[empore] | repudiare hereditatem, et, si semel re-
15 pudiaverit, penitentia [9] [actus] | redire ad hereditatem non poterit.
16 [§ **47**] Quid est repudiare? nolle cap[ere] [10] | hereditatem, contraria
17 distinatio [11], repudiare. quomodo distinatio [11] cap[ien-] | dae hereditatis
18 adquirit, sic distinatio [11] contraria, hoc est voluntas non cap[ien-] | di,
tollit hereditatem. [§ **48**] Qui sine cretione scribtus [8] est, si velit
19 heres esse, *est* heres, *et* s[i [12] no-] | lit heres esse, perdit hereditatem.
20 Nam quod nudo animo adquiritur, nudo an[imo] | amitti potest.
[§ **49**] Ubi autem cum cretione scriptus est heres, non aliter exclu- **Gai. II, 168.**
21 ditur, [quam si] | tempus transiverit cretionis, quod a testatore prae-
22 finitum est. sicut enim [ad-] | quirere hereditatem non potest, qui cum
23 cretione scriptus est, nisi [13] verba dixe[rit] | cretionis intra tempus,
24 ita non aliter excluditur, nisi exierit dies cretio[nis.] | [§ **50**] Ergo si

---

Fol. 109 r.: 31, 32, 33 suppl. Chat. — Fol. 108 v.: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 suppl. Chat. - 2, 4 suppl. Kr.

1) de *recte ins.* Kr. 2) *ita phot. et* Kr.; adhibet Ch. 3) p[otest Kr. *quia partim deest* p̊(= potest). 4) gerendo *ins.* Kr. 5) n[isi Kr. *quia litterae* n *pars deest.* 6) scrip[tus Kr. 7) [ista] Kr. 8) scriptus Kr. 9) paenitentia Kr. 10) ca[pere] Kr. 11) destinatio Kr. 12) [si Kr. 13) nisi Ch., nisi si Kr., Ṅsi *phot.*

medio tempore dixerit se nolle esse heredem, nihil ei praeiudicar[e
25 potest, nam] | repudiare hereditatem non potest, quae cum cretione
26 deferatur. si adhuc [su-] | perest tempus cretionis, potest verba dicere
27 et adquirere hereditatem. Ubi autem [sine] | cretione scriptus est, si — Gai. II, 169.
28 semel repudiavit[1], postea per penitenti[am][2] | redire non poterit.
29 [§ **51**] Hoc etiam circa eos servatur, qui ab intestato [vo-] | cantur
30 ad hereditatem. Qui ab intestato vocantur[3] sicut aut cer[nen-] | do
aut pro herede gerendo fit heres, ita et contraria distinatione[4] potest
31 am[itte-] | re hereditatem. [§ **52**] Ubi cretionem accepit heres scri- — Gai. II, 166.
32 btus non diu potest t[ra-] | here aditionem, nam aut cogitur intra
33 tempus adire, aut excluditur, s[i non] | adierit. Qui sine cretione — Gai. II, 167.
Fol. 108 r. 1 scribtus[5] est tamdiu potest deliberare quamd[iu] ‖ [. . . . .]*s*[6] voluerit.
2 tempore non urguetur. [§ **53**] sed hoc ipsum nocet credi- [tori]bus.
3 transierunt centum dies et adhuc iste dicit se diliberare[7]: | [transi]it
4 annus et adhuc dicit se diliberare[7]; tempore enim non exclu- | [ditur.]
[§ **54**] Ergo si voluerit post quinquaginta annos adire hereditatem,
5 expec | [tabu]nt creditores exitum. nam nihil possunt hodie facere,
6 dum ille se | [dicit] deliberare. convenire eum, qui nondum adiit, non
7 possunt, bona proscriber-[8] | [e non] possunt, quia adhuc incertum est
8 *an*[9] habeat defunctus succes- | [sore]m. Quorum enim bona proscri-
9 buntur? eorum qui sine successore mori- | [unt]ur. [§ **55**] Ne ergo
10 hoc incommodum creditoribus *obstet*, solet praetor adiri | [ab i]psis[10]
11 creditoribus, ut ipse constituat diem heredi scripto vel qui | [ab in-]
testato vocatur *ad adeundam hereditatem. et* dicit praetor: " Iu- |
12 [beo] illum heredem intra centum dies deliberare, an debeat adi- |
13 [re] hereditatem: sciat autem me creditoribus permissurum bona |
14 [hereditari]a[11] proscribere, si intra tempus non adierit „. [§ **56**] *Licet*
15 *ei*[12] diutius delibera- | [re . . . .] et[13] ita quod[14] *intra tempus quod a*
16 praetore praefinitum est, omnimodo adire | [de]*bebit aut* si non adierit
17 bona proscribentur: et quod dixit Gaius, prout mo- | [de]ratus fuerit
18 ipse praetor, ita tempus constituitur. [§ **57**] Ecce habes re- | [me-] — Gai. II, 170.

Fol. 108 v.: 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 suppl. Chat. — Fol. 108 r.: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18 suppl. Chat.

1) repudiaverit Kr. 2) paenitenti[am] Kr. 3) vocatur Ch. Kr. 4) destinatione Kr. 5) scrip[tus Kr. 6) —]r Kr. 7) deliberare Kr. 8) proscrib[ere Kr. 9) quin Kr., *vel* an *vel* q̄n *phot.* 10) *errore typothetae partem suppletam non distinxit* Kr. 11) *scilicet* [h̄ri]a; [ill]a Ch. Kr. 12) licet ei Kr., *sed in phot. amplius spatium apparet.* 13) delibera- | [re] et Kr., *sed* et *potest etiam esse extrema pars verbi praecedentis.* 14) *an* itaque?; quod *del.* Mommsen; quidem *scr.* Kr.

19 dium, ubi sine cretione scriptus est vel ubi ab intestato vo- | [ca]tur [1] ad hereditatem. Quod si cum cretione scribtus [2] est heres et longum | Gai. II, 16
20 [temp]us accipit, interdum *biennium accipit, nisi cernit in* [3] *bien*nio,
21 in bi- | [en]nio expectabunt creditores *utrum* adeat ille hereditatem, |
22 [an] excludatur. Nam aliter non [4] excluditur, nisi tempus, quod a
23 testatore praefi- | [ni]tum est, impleatur. [§ **58**] Quod ergo facere
24 non posset [5] qui cretionem non habet, | [ad]eo potest facere qui lon-
25 gam cretionem habet. *at* potest interpellari | [a c]reditoribus, ut ipse
26 praetor moderetur tempus adeundae hereditatis, et di- | [ca]t [1]: "nisi
27 intra tempus adierit, permittam creditoribus bona proscri- | [ber]e „.
[§ **59**[Omnis cretio certum numerum dierum habet. nam testator, |
28 [cum] dat cretionem, non simpliciter dicit: "cernito „, sed dicit: " cer- |
29 [n]ito [1] in diebus tot „. necesse est ut exprimat numerun dierum.
30 alio- | [qui]n non est cretio, si non [6] dicat: " tot diebus „. ergo *omnis*
31 *cretio* certum | [n]umerum dierum habet. [§ **60**] Duplex nomen est Gai. II, 17
32 cretionis: nam quaedam cretio | [d]icitur ⟨verborum⟩ [7] certorum die-
33 rum, alia dicitur vulgaris cretio. Interdum | [c]retio sic datur: " cernito
in diebus centum, si non creveris exheres esto „. ||

Fol. 106 v. 1 [§ **61**] Universitas ubi hereditas directis verbis relinquitur: sing[ulae
2 res ubi per] | legata singulas res relinquit. sed universitatem in om- Gai. II, 247
3 nibus r[estituit et qui] | dimidiam videtur restituere [8]. ergo et si dicat:
4 " rogo u[t heres vice-] | simam partem hereditatis restituat „. uni-
5 versitatis di[citur fideicommissum.] | [§ **62**] Universitatis dicimus,
6 idest iuris, eo ipso quod pars aliqua [hereditatis res-] | tituitur. q . . .
7 r ... pars [9] .... *et e contrario* [10] si sin[gulas res] | relinquat, id
8 est si singillatim relinquat, etiam si totum [patrimo-] | nium, non dicitur universitatis fideicommissum, sed singular[um rerum fideicom-

---

Fol. 108 r.: 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 suppl. Chat. — Fol. 106 v.: 4, 5, 6, 7 suppl. Chat. - 2 suppl. Mommsen - 8 suppl. Kr.

1) cf. adn. 10 p. praec. 2) scriptus Kr. 3) *dubia verba;* interdum — ere nisi * * * in Kr. 4) Non aliter enim Kr. 5) possit Kr. 6) et nisi Kr. 7) verborum *del. cum* Kr., *fortasse in Cod. iam expunctum.* 8) *locus corruptus. Ita fere emenda:* ' sed universitatem in omnibus videtur restituere et qui dimidiam restituit '. 9) tituitur × × × rerum pars × × × Ch. Kr. *Sensus est:* ' quamvis rerum pars tantum restituatur ' *et ita fere supple.* 10) *legit* Ch. *In phot. nihil conspicitur.*

9 missum.] | [§ **63**] p× ×[1] post× ×[2] quid intersit inter universitatis fi-
10 deicommissum et singular[um rerum fideicommissum.] | qui tres agros
11 habet in patrimonio suo et dicit: " Titiu[s heres esto „ et a-] | dicit:
" rogo te, ut, cum adieris hereditatem, illum et illum e[t illum agrum
12 illis[3]] | restituas „, licet pene totum patrimonium reliquerit, [non
13 erit[4]] | universitatis fideicommissum, sed singularum rerum, *id est*
14 *agrorum: a*[*t*[5] si pars] | aliqua hereditatis relinquitur per fideicom-
15 missum, dicitur universitatis f[ideicommissum. [§ **64**] Voca-] | bitur **Gai. II, 251.**
alius heres directis verbis institutus, alius fideicommissarius[6]: *sed*
16 *n*[*ec*[7] totam] | hereditatem, *nec*[8] partem hereditatis[9] [§ **65**] fidei-
17 commissarius non potest suo iure adi[re hereditatem,] | sed debet ab
herede petere et hoc est quod dicitur vulgo fideic[ommissum[10] non in
18 usur-] | patione esse, sed in petitione. neque bona debet usurpare, sed
19.20 [petere] | debet ab herede, *ut* hereditatem[11] .... ade[at[12] et] | re-
stituat ei fideicommissum. nam heres instituitur directis verbis [neque
21 ab alio] | petit hereditatem, sed suo iure potest adire et adquirere si ×[13]
22 [.......] | h[14] .... [......
23 ...] | nam heredem non facit nisi directa institutio. sed interdum quidem **Gai. II, 252.**
24 erit *lo*[co heredis] | fideicommissarius: interdum erit loco legatarii.
25 [§ **66**] apud veteres autem neque loc[o heredis erat,] | neque loco le-
26 gatarii: sed loco emptoris. plene ergo exp[licandum est[15]] | quemad-
modum apud veteres loco emptoris fu*e*rit[16], et quando hodie fideicom-
27 missari[us loco heredis est,] | quando loco legatarii. TUNC ENIM IN VSV **verba Gai.**
28 ERAT EI CVI [RESTITVE-] | BATVR HEREDITAS NUMMO VNO EAM HERE-
29 DITATEM [DICIS CAUSA VENIRE.[17]] | [§ **67**] Sicut superius diximus,

---

Fol. 106 v.: suppl. Chat. - 9, 14, 17, 23, 24, 26, 28 suppl. Kr.

[1]) Patet? [2]) postea Ch. Kr. *In phot.* p'.. [3]) [agrum C. Seio] *supplent* Ch. Kr. *Sed cf.* ll. 7-8. [4]) dicitur Ch. Kr. [5]) *Verba* 'id ... a' *non omnino certa sunt.* Ch. Kr. *post verbum* rerum *nihil legerunt et ita suppleverunt* " fideicommissum, se[d si pars „. [6]) vª institutus... fideicommissarius *ad sensum suppleverat* Kr.: *ex phot. recte legi possunt.* [7]) sed n *non omnino certa sunt:* lice[t totam accipiat] *coniecit* Kr., *vix recte.* [8]) *In* Cod. n *tantum certa est*: non *legit* Ch. [9]) hereditatis. Fideicommissarius Ch. Kr. [10]) fc *leguntur, non* f *tantum, ut est apud* Ch. Kr. [11]) ab ... hereditatem *non legunt* Ch. Kr.: ut *non omnino certum.* [12]) ade *non omnino certum: forsan* adi. *Verba media obscura sunt:* ex pegasiano scto *possis fortasse legere et ita supplere:* vel hereditatem ex pegasiano senatusconsulto adi[re eum cogere, ut. [13]) *littera incerta, quam non indicaverunt* Ch. Kr. [14]) h × × × aut fideicom mitti h × × × × bona fide qui × × × × Ch. Kr. *In phot. vix apparent:* h⁻ *et* .. .. sib ... [15]) explicabimus Kr. [16]) fuit Ch. Kr.: *quod esse potuit.* [17]) *In phot.* vª TUNC ENIM *in linea* 17 *et* B *initio lineae sequentis tantum leguntur.*

30 fideicommissarius apud veteres neque heredis [1] lo[co erat, neque] | legatarii, sed emptoris: namque qui rogabatur hereditatem rest[ituere] [2] |
31 apud veteres adhibebat quinque testes libripende[mque et ima-] | gi-
32 naria venditione videbatur vendere hereditatem illi f[ideicommissario,
33 et ita] | loco venditoris heres ipse, fideicommissarius loco emptoris
Fol. 106 r. 1 era[t et stipulationes] || [interpone]bantur inter heredem et fideicom-
2 missarium, quae solent interponi inter venditorem et | [empto]rem, ubi institutus heres vendit hereditatem. [§ **68**] nam quando heres
3 hereditatem diferre [3] | [volebat, gen]eraliter, quia onera hereditaria
4 apud eum manebant et [4] actiones | [.......] ....
5 ..... [5] ut quidquid venditor hereditario | [nomine] solverit bona fide
6 .... di | [........]rit emptoris [6] nomine
7 .... | [........]t esset [7]. × × × × debet
8 .... debeat sed distr ... | [........] s. ....
9 .... et stipulabatur [8] quidquid vendi- | [tor .....] emptor ita [9] sti-
10 pulor a te, interrogo te sollemnibus | [verbis] spondes [10]. ....
11 ...... quidquid hereditario nomine condemnatus [11] | [fueris vel bona]
12 fide solveris [1] .... | [condemna]tus fuero
13 in iudicio [13] bona fide solvero illis privatim [14], iis semper de- | [.....
...]atur [15] .... manifestum esse
14 debitum | [....... l]itigare ....
15 .... | [........]d × solvero. [§ **69**] ideo hoc dicit [16], ... ne
16 per iudicem supponas hoc | [........] modo × creditor × × dicat × × ×
17 × × solvis hereditatis no- | [mine ....]d condemnatus fuero vel ......
18 .... reddi | [mihi spondes ?] stipulabatur et em-
19 ptor hoc modo [17]: si quis creditor hereditarius | [venit contra me]

Fol. 106 v.: 30, 31, 33 suppl. Chat. — Fol. 106 r.: 1 suppl. Chat. - 2, 5, 12 suppl. Kr.

[1]) heredes Cod. [2]) *ita, non* res[tituere] *ut habent* Ch. Kr. [3]) *h. e.* deferre. [4]) manebant et *non legerunt* Ch. Kr. [5]) *ita sententia supplenda est:* 'ei et in eum dabantur, ab emptore ita stipulabatur'. [6]) emptorio Ch. Kr. [7])]esset Ch. Kr. *qui cetera non legunt.* [8]) *v*ᵃ et stipulabatur *non legunt* Ch. Kr. [9]) emptorio Ch. Kr. [10]) Sei pon . . Ch. Kr. [11]) condemnaberis Ch. Kr. [12]) solvi Ch. Kr. [13]) *videtur inserendum* ā (aut), *seu* ū (vel). [14]) bona fide solvi privatim Ch. Kr. [15]) *non habent* Ch. Kr. [16]) de soluo in duo. Hoc dicit Ch. Kr. *Sensus est:* " bona fide solvitur, cum ita videatur manifestum esse debitum, ut non expediat litigare, etsi privatim et non condemnatus in iudicio solvero . ideo hoc dicitur, ne supponas venditorem hereditatis nonnisi per iudicem coactum debita hereditaria solvere oportere „. [17]) *locus corruptus: ita fere emendandus* 'et emptor h' m̊'. *Habet cod.* 'ex h' et dmo': 'ex hoc et dolo malo' Ch. Kr.

20 proponere actionem ...... defensionem suscipere ...... spon-[1] | [des? .....] × postea [2] .... creditori [3] ego
21 solvam × | [........] et [4] postea agam contra te: suscipe defensionem
22 in rem | [........]t × × cer × [5] .... si victus
23 fue ... [6] | [...... s]ustineas × × [7] non sequetur ut onera hereditaria [8]
24 .... | [§ 70] [. . . . et e] contrario fideicommissarius interro-
25 gabat heredem: " quidquid hereditario nomine | [exeger]is mihi dare
26 spondes? „ .... | [... heredi]tarios [9]
27 proponere actiones, facturum esse spondes? × t × e | [........] rem in
28 rem ...... [10] sive non ille exigat, sed mihi teneatur | [..... ac]tionem
29 cedere [11] .... sed hae [12] | [........] interponi inter heredem et fideicommissarium, ideo apud veteres loco
30 empto- | [ris.....] [§ 71] Hoc ipsum postea visum est emendatione — Gai. II, 253.
31 indigere | [........] × at pu [13] ....
32 ..... atem [14] erga | [.... oner]ibus hereditariis × × [15] donabant ....
33 .... | [........] × × × [16] fideicommissarium et dicebat: veni, suscipe causas. ||

[*unum vel duo folia videntur periisse*]

Fol. 108 v. 1 [§ 71 sq.] .... | quarta ex beneficio senatusconsulti — Gai. II, 257.
2 pegasiani, tamen [17] dicit illam d[........] | et × [18] hereditatem, ut non
3 sit ei necessaria ipsa [19] quartam dare [20] [........] | × ius [21] prospectum:
4 cum antea prospectum est senatusconsulto trebell[iano [22] ....] | inter .... n vi [23] .... tim adit [........] |
5 postea introductum [24] est pegasianum ne postea liceret [25] r × ntes [....
6 ....] | [26] .... senatusconsulti pegasiani ....

Fol. 106 r.: 25, 26 suppl. Kr.

1) *fere:* ' pro me d. s. in iudicio spondes? ' Ch. *et* Kr. *solum* ' proponere action .. ' *legerunt.* 2) p – Ch. Kr. 3) creditor Ch. Kr. 4) nec Ch. Kr. 5) fueris aut r Ch. Kr. 6) fueris Ch. Kr. 7) ei Ch. Kr. 8) hereditatis Ch. Kr. 9) contra debitores heredi]tarios. 10) ineas Ch. Kr. 11) cedere *non legunt* Ch. Kr. 12) *non legunt* Ch. Kr. 13) heres autem pure heres (h. āt. pure h.) Ch. Kr. 14) batem Ch. Kr. 15) ei Ch. Kr. 16) ieci Ch. Kr.; esi *vid. esse legendum.* 17) tam Ch. Kr.: *sed videtur in cod. fuisse* t' m̄. 18) etiam Ch. Kr.: d[amnosam] esse *temptat* Kr. 19) necessarium ipsi? *seu* ipsam?: *certe locus est corruptus.* 20) quarta × × × dere Ch. Kr.: *lectio certa est.* 21) aius *omnino legendum videtur*: s]alus Ch.; Kr. (*qui in textu habet* ... s) *temptat* melius, *sed non potest haec lectio litterarum ductibus aptari.* 22) trebel*liano* [— Kr. 23) non veli × × ×. 24) Cod. interaductum. 25) ne post iudicium Ch. Kr. 26) tenem liberi Ch. Kr.: *quae non satis perspicimus,*

7 quart[.. [1] .....] | ....

8 ... adi[.........] | tus heres autem non dicat sibi inutile [2] . . . fidei-

9 commissum hereditatis [3] [.........] | partem retine ... [4] ... fuit, ut si **Gai. II, 258**

10 heres nolit adire heredi[tatem] | ....

11 [§ 72] .... [........] | tur ....

12 heres di[cat hereditatem [5]] esse sibi suspectam ....

13 ius esse [6] aditionis [7] adeat fideicomm[........] | ....

14 .... us prae[........] | praesidi [8] restitu ...

15 .... heres institutus [........] | puta potest

16 dicere: " ille scribtus heres rogatus est mihi res[tituere hredi- | tatem:

17 suspectam sibi esse dicit: ergo rogatus [9] sum [onera....] | hereditatis in

18 me suscipere: meo periculo adeat et restit[uat mihi „. si [10]] | coactus [11]

19 heres adierit hereditatem ..... restituerit heredita[tem [12] . . .] | ....

20 .... erre [........] | resti-

21 tutae res hereditatis [13] .... loco .... [........] | he-

reditatem rogatus est restituere, non quod suspectam [14] .. [........] |

22 et nolit adire .... coactus sit adi[re [15] coac-] |

23 24 tus adire [16] maneat obligatus. hunc reddere heredita[tem cons-] | ti-

25 tutum est, ut ita transeant actiones ac si ex treb[elliano resti-] | tuta

esset hereditas .... pegasian[........ [17]] |

26 et respondemus [18] ex senatusconsulto trebelliano actiones transfere[n-

27 das, si com- [19]] | pulsus heres a fideicommissario adit hereditatem et

28 restituet is[tam .....] | ....

29 .... onera [........ [20]] quartam, sed omne ius hereditatis transfertur

30 et senatusconsulto p[egasiano] ideo locus fit, quia non habet [21] qua-

31 drantem beneficio testa[toris.[22]] | totam enim [23] hereditatem rogatus

32 est restituere fideicommissario [24]. [........] | dixit et noluit adire ...

Fol. 103 v.: 9, 15, 23, 27 suppl. Kr. - 29 suppl. Chat.

1) de quarta [Ch. Kr. 2) dicat-inutile *non legunt* Ch. Kr. 3) htatis *non legunt* Ch. Kr. 4) parte femi Ch. Kr. 5) *in hoc versu nihil legunt* Ch. Kr. 6) etiam Ch. Kr. 7) aditio non. 8) prae[tori vel] praesidi Ch. Kr.: *potuit esse* 'praesidis' *et ergo* 'praetoris'. 9) *ita* Cod.: *sed emenda* paratus, *ut dubitanter legit* Kr. 10) restit[uat hereditatem Kr. 11) *non legunt* Ch. Kr. 12) adierit i ... tatem Ch. Kr. 13) h ... Ch. Kr. 14) suspecta Ch. Kr. 15) *nihil in hac linea legunt* Ch. Kr. 16) *verba, ut videtur, male repetita.* 17) *in hac linea nihil legunt* Ch. Kr. 18) + . ramus Ch. Kr.: et r̄mus Cod. 19) transferu[ntur con- Kr. 20) *hunc versum prorsus omittit* Kr., *qui in l.* 29 *ante verbum* quartam *lacunam brevem indicat, quae revera non extat.* 21) habetur Ch. Kr. 22) *post* habetur *nihil legunt* Ch. Kr.; quadraut. bfo testa [Cod. 23) n (enim) *non legunt* Ch. Kr. 24) *hoc verbum non legunt* Ch. Kr.

33 .... ipsius [........] | quantum ad fideicom-
Fol. 103 r. 1 missarii contentionem et permisit [1] institutus [........] || [........]
2 . . . it scribtus heres ipse quod omnino emolumentum non re- | [tinet], sed omne ius hereditatis transfert ad fideicommissarium, ita ut actio- |
3 [nibus tene]atur vel habeat obnoxios debitores hereditarios. [§ **73**]
4 nam ipso | [senatusconsulto pega]siano *postquam* [2] *a praetore coactus* [3]
5 hereditatem heres adierit et restitu- | [erit fideicommissario [4] t]ranseant
6 actiones ac si ex senatusconsulto trebelliano restitua- | [tur hereditas. nam] non est locus trebelliano, sed ex pegasiano ista fideicommissa [5] |
7 [transeunt a]c si ex trebelliano restituta esset. [§ **74**] Vides ergo
8 quod si uni- | [versitatis fideicommissum rogatus sit restituere, idest
9 hereditatis partis*re* [6] | [eius heres] non retenta quarta, tum cogitur
10 adire hereditatem, etiamsi | [cum singulae] res [7] relinquantur non co-
11 gitur: sicut si legatum sit singularum | [rerum, non cogi]tur heres
12 adire ut det legatario et si singularum rerum sit | [fideicommissum. [§ **75**] alit]er [8] ergo in universitatis fideicommisso placuit propter vo-
13 luntatem. quod | [autem dictum] est [9] de eo herede qui ex asse scribtus
14 est, etiam de eo qui pro parte | [scriptu]s heres rogatus est restituere
15 hereditatem *dicimus, ut si* [10] ex un- | [cia heres roga]tus sit restituere:
16 ex pegasiano senatusconsulto originem [11] et [12] | [........] [13] sic restituit
17 reliquas partes: [§ **76**] ergo hic non transeunt actio- | [nes et stipula-
18 tione]*s* [14] erunt necessariae. quisque heres debet quartam. . . [15] | [.......]
19 retinere, sive ex asse scribserit heredem, sive pro parte, | [idem obs]ervatur [16]. . . . . pegasianum senatusconsultum, ut si non habeat quar- |
20 [tam .....] .... semissi ex defuncti |

Fol. 103 r.: 4 suppl. Chat. - 2, 3, 8, 14 suppl. Kr.

1) primis Ch. Kr. 2) *legit* Ch.: *in phot. non satis perspicitur.* 3) *haec v*ª *ductus litterarum fere repraesentant: omittunt neque lacunam indicant* Ch. Kr. 4) hereditatem *supplet* Kr. 5) fcsa *non legunt* Ch. Kr. 6) *hoc verbum non legunt* Ch. Kr. 7) te Ch. Kr. 8) coge]re Kr. 9) - - -]e Kr. 10) *ita fere ad sensum supple.* 11) sctorigin. Cod.: scto regi *non legunt* Ch. Kr. 12) ex Ch. Kr.: *duae vel tres litterae legi non possunt.* 13) *quaedam forte propter homoeoteleuton omissa sunt. Sententiam ita supple: et hic casus (quo scilicet heres ex uncia scriptus partem suam rogatus est restituere) originem ex senatusconsulto pegasiano ducit: heres ergo qui quadrantem suae portionis retinet et sic restituit reliquas partes, debet stipulationes interponere.* 14) *prima littera admodum incerta: eam non indicat* Kr., *qui lacunam non explet.* 15) *verbum integrum legi non potest.* 16) - -] - tur Kr.: *verbum quod sequitur legi nequit.*

21.22 [voluntate] habeat unam semis unciam iam fiet necessarium [1] | [....
....] .... trebelliano restituit quattuor semis |
23 [........] .... transeunt actiones inter |
24 [........] .... fideicommissa aut universitatis sunt aut singularum re- **Gai. II, 260.**
25 rum, ut trac-[2] | tavimus. testator] [§ 77] ergo potest dicere: rogo
26 te ut illi Gaio Seio des centum | [vel ut ill]i Titio [3] ....
27 ....[4] illum fundum des | [...... il]lam domum vel illi Maevio
28 mancipium [5] | [........] .... relinquuntur et tota hereditas
29 vel pene | [........] .... singulis fideicommissariis
30 quartam relinquit heres insti- | [tutus ...] .... pegasiano
31 senatusconsulto | [........] .... suis liberis relinquuntur. hoc facit
32 pegasianum.[6] | [§ 78] [........] legata ab his tantum possunt re- **Gai. II, 261.**
33 linqui qui scribti sunt heredes, | [verum [7] a legat]ario legatum re-
linqui non potest, nec [8] potest dicere: *Ti*tio do lego illum ||

[LIBER QUARTUS]

Fol. 98 v. [§ 79] [INTE]NTIONEM ADIUDICATIONEM CONDEMNATIONEM **Gai. IV, 39.**

Fol. 100 v. [§ 80] ... ALIAE IN QUIBUS IURIS CIVILIS INTENTIO EST. CETERAS VERO [IN FAC-]TUM .... **Gai. IV, 45.**

Fol. 105 v. 1 [§ 81] committitur si per lasciviam aut fervorem aut feritatem dam- **Gai. IV, 80.**
2 num [factum est et] | tenetur dominus ut aut damnum sustineat aut
3 in noxam *t*[*radat* [9]] | animal: [§ 82] sed interest utrum servi filiive [10]
4 nomine noxalis actio propo[natur, an] animalium. nam si servi filiive

---

Fol. 103 r.: 21 suppl. Kr. — Fol. 105 v.: 2, 3 suppl. Chat.

1) *Sententia est: heres ex semisse institutus, cui testator semiunciam tantum liberam reliquerit, alteram unciam deducere potest, fietque necessarium auxilium pegasiani:* 'unciam iam', *syllaba perperam a scriptore geminata.* 2) *lectio incerta:* tri Kr. Ch. 3) *om.* Kr. Ch. 4) ti *ins.* Kr. Ch. 5) domumuillimomcipium Cod.: domum illi —, *ceteris non lectis,* Ch. Kr. 6) *quae sit sententia, vix adsequimur.* 7) contra *suppl.* Kr. 8) si Kr. Ch.: *sed* n *in* Cod. *certa est.* 9) *forte* d[edat]. 10) servi filiive *in phot. non leguntur.*

5 nomine condemnatus fuerit [1] do[minus vel] pater, poterunt [2] in noxam
6 dare etiam mortuum: condemn[atus dominus] | noxali actione potest
servum etiam mortuum in noxam dare. [§ 83] [et non solum si] |
7 totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis.
8 denique tr[actatur de] | capillis et unguibus an partes corporis sint.
9 quidam enim dicunt [*ea addi*] | *tamenta* [3] *corporis esse: sunt enim* [4]
10 foris posita. animal m[ortuum vero] | dedi non potest. [§ 84] quae
11 ratio est ut servi mortui etiam dedantur? volueru[nt [5]. . . .] | r. . . . . n
12 re [6] servis vel filiis . . [7] delinquentes semet t[. . . . .] aut [8] potestatem
13 dominorum . . . [9] neque ita [10] volebant liberari a do[minis ... ser-] | vus
delinquebat non poterat dominus [11] aut reddere [12] dabat [. . . . . . no-] |
14 xam p . . . . [§ 85] . . . . cor . . . . . . dedere dom[. . .
15 . . . . .] | parentem putes . . . . [13] uti c[. . . . . . do-] |
16 mino vel parenti et occidere eum et mortuum dedere in n[oxam. . . .] |
17 . . . . [15] potestas potest [. . . . .] |
18 cum patris potestas talis est ut habeat vitae et neces [16]) pot[estatem |
19 [§ 86] de filio hoc tractari crudele est, sed. . . . t . m . r . n . . . . pos [17]
20 [. . . occi-] | dere sine iusta causa [18] ut constituit [19] lex XII tabularum,
21 sed deferre iu[dici] [20] | debet propter calumniam. [§ 87] ergo ideo
22 . . . [21] mortuum dedere [. . . . .] | ter. animalibus non est similis *tra-*
23 *cl*atio in penis his quae ratione[m [22] habent.] | [§ 87] NUNC ADMO- **Gai. VI, 82.**
NENDI SUMUS [23] quod iudicium omne vel nomine proprio [24] [vel ali-] |
24 enae personae constituitur [25] . . . . sine [26] personis legitimum [iudi-

---

Fol. 105 v.: 4, 6, 18 suppl. Chat. - 7 suppl. Dareste - 13 suppl. Kr.

[1]) fuit Ch. Kr. *sed* fuĩt *in* Cod. [2]) *lectio certa, ut videtur:* poe × × Ch. Kr. [3]) tationi Ch. Kr. [4]) corporis . . . enim: *lectio non admodum certa est:* res . . . actione Ch. [5]) voluere Ch. Kr. [6]) *raptorum* imponere Ch. [7]) *verbum perbreve in phot. non legitur:* ut *legunt* Kr. Ch. [8]) vel Ch. Kr. *sed* ā *videtur in* Cod. *extare.* [9]) *tres fere litterae legi nequeunt: sententia haec fuisse videtur:* semet traderent morti aut potestatem dominorum fugerent. [10]) nq ita *ut videtur* Cod.: namque hoc Kr. Ch. *qui legerunt scil.* n/q. h' [11]) dare in us(um) Ch. Kr. [12]) āredd-e Cod.: *locus corruptus: num* occidere? [13]) iure Ch.: *in phot. satis perspici nequit.* [14]) t[- Ch. Kr. [15]) patria *legit* Ch. [16]) *ita* Cod. [17]) sed *quieti* mari non est sau post r Ch.; *nos legimus:* sed... timori ne s ... p' ī + [18]) dere sed est hoc .. iure aut .. Ch. Kr.: Cod. *vero ita se habet:* dere sineiusta c̄. [19]) .. quod praebebit Ch. Kr.: ut ꝯstituit Cod., *ut videtur.* [20]) hoc[— Ch. Kr. [21]) interest Ch. (*qui habet* m. i.): *in phot. non satis perspicitur forte* p̊ (potest). [22]) est – ratione: est licitum nisi ter actionem ponis Ch.: est .. nisi ee ... tio .. ponis Kr. [23]) *verba ipsius Gai, id quod hucusque non est animadversum.* [24]) iudicium . . . in prim Ch. Kr. [25]) constituet actio Ch. Kr. [26]) sed non (s'ñ) Ch. Kr.

25 cium] | stare non potest, cum non stet iudicium nec res iudicata [1]
26 habebit effect[um. [§ **89**] et ideo] | tractamus quae sint legitimae
personae. [2] [§ **90**] nam permittitur his [3] qui habent [litem, ut pro-] |
27 prio nomine consistant ut [4] legitimae personae: sed [5] non solum
28 per nos[metipsos pos-] | sumus litigare, sed etiam per alias: non per
29 quascumque, sed per certas person[as, scilicet per] | cognitores aut
per procuratores aut per tutores aut curatores, qui pro ali[is ag- [6] |
30 entes habent legitimam personam. [§ **91**] ex his [7] quemadmodum
31 tutor vel [curator] | constituantur in primo commentario relatum est.
32 cognitor cert[is verbis cons-] | tituitur et a praesente praesenti [8] datur. **Gai. IV, 83.**
33 hoc modo: si velim dare te [mihi fundum [9]], | ita dico: " quod tecum
Fol. 105 r. 1 agere volo de illa re, hoc est *illo fundo*, [10] [in eam rem] || [do tibi]
cognitorem illum Gaium Seium ". aut si reus velit dare cognitorem:
2 " quod tu | [mecum age]re vis, in eam rem do tibi cognitorem illum
3 Gaium Seium ". [§ **92**] ergo ut cog- | [nitor] constituatur et prae-
4 sentia [11] necessaria est et verborum dictio. nam praesens | [..... de[bet
5 dare cognitorem [12] .... | [........]
det .... |
6 [........] .... |
7 [........] .... [§ **93**] sed etsi absens fui datus,
8 non est vitiosa | [datio et si] postea cognitor consenserit, erit cognitor **Gai. IV, 84.**
9 ..... procurator [13] | [........] ....
10 .... | [.........] ... absit procurator ....
11 .... | [........] dat ....
12 .... | [........] ....
13 .... | [.......] sollemnibus verbis [14] ...
14 .... ponitur [15] .... si praesens non est da- | [tus ....]
adversar [16] .... |

Fol. 105 v.: 28 suppl. Kr. - 30 suppl. Chat. — Fol. 105 r.: 2 suppl Chat. - 14 suppl. Kr.

1) actio interu[p]ta Ch.; enim actio .. ata Kr.: res iud-ata *nos legimus.* 2) legitima iudicia Ch. *sed de recta lectione iam dubitavit.* Kr. 3) nisi praetor vel praeses provinciae Ch. Kr. 4) consistunt Ch. Kr. *qui nec lacunam indicant.* 5) *om.* Ch. Kr. 6) *ita supplevit* Kr. 7) p̄sonam his Ch. psonam hii Kr. p̄son. ex his *nos legimus.* 8) *olim supplevit* Ferrini *et ita* Kr.: *sed legi potest.* 9) quae mihi debes Kr. 10) *lectio incerta: nihil viderunt* Ch. Kr. 11) vª et praesentia *supplevit* Kr.: *ea tamen legi possunt.* 12) *haec non legunt* Ch. Kr. 13) *cetera usque ad l.* 13 *non legunt* Ch. Kr. 14) verbis *om.* Ch. Kr. 15) opponitur Ch. Kr.: *verbi initium non satis perspicitur.* 16) adversus Ch. Kr.: *cetera iidem usque ad l. 28 non legunt.*

15 [...... a]bsis .... |
16 [.......] .... aliorum .... mandatum absentis. |
17 [.......] .... |
18 [.......] cognitor .... |
19 [.......] .... interea ... iudic .... velit alio. |
20 [.......] .... nit iudi .... |
21 [......] .... |
22 [......] .... ill .... |
23 [......] possumus .... |
24 [......] .... |
25 [......] .... alien .... condemna- |
26 [.....] .... |
27 [.....] .... [§ 94] .... |
28 [.....]endae .... [1] satisdatione, quia quod ex meo man- |
29 [dato [2]] rit .... cond .... |
30 [....] .... |
31 [....] .... |
32 [...] .... |
33 [...] .... ||

Fol. 104 v. 1 vindiciarum. [§ **95**] ergo cum duae sint actiones, in rem et in per- **Gai. IV, 91. 93.**
2 sonam, in rem aut [3] [per petito-] | riam formulam agitur, iudicatum
3 solvi satisdatio interpon[itur; si vero] | per sponsionem, pro praede
4 litis et vindiciarum n [4] per sponsion[em ....] | de ....
5 satisdatio sine [5] .... pro [praede litis et] | vindiciarum et
6 incipias quasi novum audire [6] et quaerere, ideo [........] | [§ **96**] NON **Gai. IV, 94.**
TAMEN HAEC SUMMA SPONSIONES [7]. NON ENIM .... [........] |
7 [8] .... [........] |
8 poenalis sponsio. ideo nec restipulatio fit. interdum enim [9] sponsio s [10] [...

Fol. 105 r.: 29 suppl. Kr. — Fol. 104 v.: 1 suppl. Kr. - 4 suppl. Chat.

[1]) admittitur adiecta Ch. Kr.: *ea in phot. vix legi possunt.* [2]) *cetera non legunt* Ch. Kr. [3]) *per homoeotel. quaedam exciderunt : sic fere emenda* : in rem aut [per sponsionem agatur aut per formulam petitoriam] si per f. p. agitur etc. [4]) non Ch. Kr. [5]) len *etiam legunt* Ch. Kr. [6]) *non legunt* Ch. Kr. [7]) SPONSIONIS *scr.; sequitur* EXIGITUR *in Gaio.* [8]) non est poene ..... sponsione ... Ch.: *in phot. nihil certi legitur.* [9]) nec Ch. Kr. [10]) st[— Ch. Kr.

9 si pro-] | bavero te debere mihi XXV, dabis alia X[1]? .... sponsio poe-
10 nalis [........] | .... ergo ubi poenalis sponsi[o est
11 etiam resti-] | pulatio sequitur. dicit enim debitor: si non probas tibi[2]
12 XXV deberi, da[bis alia X? ergo[3]] ubi poenalis sponsio est, est et
13 restipulatio: ubi autem praeiudicial[is sponsio est, non fit[4]] | resti-
14 pulatio. [§ 97] OMNIA IUDICIA AUT LEGITIM[O IURE] | CONSISTUNT. **Gai. IV, 103.**
15 SAEPE TRACTANTES DIXIMUS Q[UOD[5] aliquando] | iudices non legitima, sed imperialia iudicia dent. de hac parte trac[tandum est quae
16 iudicia] | legitima, quae imperialia .... ex perso[6][narum **Gai. IV, 104.**
17 condicio-] | ne et loco et numero: si omnes[7] litigatores cives romani
18 sint[, hoc est ex persona-] | rum[8] condicione: si unus iudex sit et
19 civis romanus, hoc est ex nu[mero: ex loco,] | si in urbe Roma vel
20 intra primum urbis Romae miliarium [accipiatur] | iudicium[9]: tunc videbitur legitimum esse iudicium. [§ 98] quod si aliquid[10] ex his **Gai. IV, 105.**
21 non [........] | rat, non erit legitimum iudicium sed imperiale. puta
22 si non unus i[udex sit,] | sed plures iudices sint .... urbe
23 Roma nec[11] intra primum ur[bis Romae] | miliarium, sed alibi[12], ac-
24 cipiatur iudicium[13] ....[14] [....... iu-] | dicium est et si aliquis ex litigatoribus peregrinus sit, ex his si[15] [quid est, im-
25 peri-] | ale fit iudicium, quia ....
26 [.... didi-] | cimus quid sit legitimum, quid imperiale. [§ 99] le- **Gai. IV, 104.105.**
27 gitima iudicia anno [et sex men-] | sibus ex lege Iulia finiuntur: de-
28 nique nisi intra annum et sex menses [fuerit le-] | gitimum iudicium
29 pronuntiatum[16], expirat[17]. imperiale iudicium .... [.......] | anno
30 et sex mensibus et[18] .... [... imperiale] | autem dicitur, quia imperio eius continetur a quo accipitur, puta praetoris
31 vel praesid[is provinciae. [§ 100] ergo[19]] | imperiale tamdiu viget
32 iudicium, quamdiu praetor vel[20] praeses ... si ille ab [.......] | ....

Fol. 104 v.: 19, 22 suppl. Kr. - 26, 29 suppl. Chat.

1) ex *pro* X Ch. Kr.: *lectio certa est.* 2) HS Ch. Kr. 3) de[- - - Ch. Kr. 4) *longe aliter* Ch. Kr.: verbis praeferat sponsio esset restipulatio sibi et praeiudi[cial - 5) SAEPE - - QUOD *per errorem in* Cod. *litteris maiusculis descripta sunt.* 6) *non legunt* Ch. Kr. 7) ne ex loco etiam numerosissimi Ch. Kr. 8) sint Ch. Kr.: *sed lege* r' (rum). 9) *haec omnia nova prorsus ratione a nobis redintegrata sunt.* 10) aliquis *ut videtur* Cod.: sed si aliquid Ch. Kr. 11) si non Ch. Kr. 12) *v*ª s. a. *non legunt* Ch. Kr. 13) *non legunt* Ch. Kr. 14) si in his locis Ch.: *in phot. haec v*ª *satis non leguntur.* 15) si *om.* Ch. Kr. 16) pronuntiatur Ch. Kr.: Cod. p̄nūtiat. 17) *non legunt* Ch. Kr. 18) *haec v*ª *non legunt* Ch. Kr. 19) praetoris [aut praesidis provinciae] Kr.: *nos legimus* pr. ū p̄sid[. 20) et Ch. Kr.

33 . . . . qui incepit desinet . . . . [. . . . . . .] | im-
perio continentia iudicia, quia imperio praetoris vel praesides conti-
Fol. 104 r. 1 nentur. nam t[amdiu iudex] || [potestatem ha]bet iudicandi, quamdiu
2 ille in imperio est, hoc est in magistratu. si | [vero cessa]verit pote-
stas, et iudex desinit. [§ **101**] [1] ut apparet ergo, quod non qualitas
3 actio- | [nis facit] legitimum iudicium, sed numerus condicio [2] per-
4 sonarum locus: [§ **102**] alioquin | [potest legitim]a esse actio et
tamen imperiale esse iudicium; potest etiam praetoria esse actio et
5 tamen | [legitim]um esse iudicium. [§ **103**] puta: ex lege aquilia
6 actio legitim*a* [3] est: iudicium | [autem si extra [4]] primum urbis Romae
7 miliarium agatur, non erit legitimum | [iudicium: item [5]] si non inter
omnes cives romanos agatur, sed inter peregrinos, imperiale est iudi-
8 cium: si | [non unus] detur iudex, sed et plures, non erit legitimum,
9 sed imperiale. [§ **104**] et e contrario | [vi bonorum] raptorum actio
10 praetoria est; sed si apud unum iudicem civem romanum [agat in
11 u]rbe [6] vel intra primum urbis Romae miliarium romanus civis | [contra
cives roman]os [7] litigatores, erit legitimum iudicium. [§ **105**] vides
12 quod non qualitas actio- | [nis fa]cit aut legitimum aut imperiale iu-
13 dicium, sed numerus et locus et condicio | [personarum, ut dixi]mus;
ea causa interest inter legitima iudicia et imperalia. [§ **106**] haec
14 si tenetis, iam | [videbitis [8] quod in] legitimo iudicio ipso iure actio
15 consumitur, in imperiali iudicio numquam | [ipso iure consu]mi po-
test. [§ **107**] in legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea
16 sola quae habet | [intentionem per]sonalem in ius conceptam: nam
17 est et in factum concepta. [§ **108**] dicis: " si par- | [ret te mihi dare [9]]
oportere tot milia „ vel " illam rem „ vel " quidquid te dare facere
18 praestare oportet „. ista est personalis | [intentio [10] in ius] concepta.
[§ **109**] sed [11] ubi in rem actio proponitur, non potest consumi le-
19 gitimum [12] | [iudicium . . . .] . . . quomodo [13]: " si parret illum fundum
20 meum esse ex iure quiritium „. lic*et et* egeris [14] legiti- | [mo iudicio,]

Gai. IV, 1
107. 109.

Fol. 104 v.: 33 suppl. Chat. — Fol. 104 r.: 1, 2, 3, 4, 5, 13 suppl. Chat. - 8, 9, 15, 16 suppl. Kr.

1) *ita distinguimus: aliter* Kr. 2) aut (ā) *ins.* Ch., *sed non est in* Cod. 3) — um Cod. 4) si non intra] *supplet* Kr. 5) item *addidimus, cum vix* iud⁻um *sufficiat ad explendam lacunam.* 6) et in u]rbe Kr. 7) aget contra cives roman]os Kr. 8) videtis Kr. 9) ret dare] Kr.: *sed melius explent lacunam et ceteris formulis respondent quae posuimus* ret te m̄ dare]. 10) actio Kr., *sed cf.* l. 33. 11) nam Ch. Kr. 12) lelegitimum Cod.: consimile legitimum Ch.: legitim*o* [iudicio] Kr.; *sed emendatio supervacua est.* 13) . . . q̄ in Cod.: *locus videtur esse corruptus, forte fuit* iudicium: dixis]ti h'. m. 14) *lectio*

tamen [1] non consumis actionem: tamdiu enim potest tibi competere
21 actio, quamdiu domi- | [nium habes [2]: nam] recte dominus quanduoque dicit: " si parret illam *rem* [3] meam esse ex iure quiritium „. |
22 [§ **110**] [ne autem id]em [4] litigans audiatur in iudiciis diversis post
23 primam actionem [5], | [. . . . .] ei opponitur exceptio rei in iudi-
24 cium (hoc est si adhuc pendet iudicium) | [rei in iudici]um deducte,
25 (si iudicata in legitimo iudicio) rei iudicate. de- | [ductae in iudicium] vel [6] iudicatae [7] .... [§ **111**] ... [8] et actiones, quae dicuntur in
26 factum, de quibus iam | [locuti su]mus. etiam [9] in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. puta |
27 [deposit]i [10] actio est in factum: " si parret me deposuisse apud illum
28 Gaium Seium illam rem | [neque eam red]ditam [11] esse dolo molo il-
29 lius Gai Sei, condemna illum „. numquam ex eo, quod | [factum [12] est,] infectum esse, cum deposuisti, potest. [§ **112**] venis et dicis:
30 " si parret me deposuisse | [illam rem „. et [13]] dicis: quod semel fa-
31 ctum est infectum fieri non potest, si quid opponitur tibi ex | [eo quod prius i]am [14] res iudicata est, *vel* in iudicium deducta est.
32 [§ **113**] ergo neque in factum | [actiones conceptae] consumuntur,
33 neque in rem; sed sole actiones personales quae habent in | [ius concept]am intentionem. [§ **114**] in imperiali autem iudicio numquam actio consumitur, sed semper ||

Fol. 104 r.: 26, 29 suppl. Chat.

incerta: ... et egeris in Kr. *in ed.*: l. tit et egeres in Ch.: *ait* et eger in *ipse* Kr. *in phot. conspicere sibi visus est.* 1) tam̄ Cod., *ut videtur*: um *legit* Ch.; p *vel* qm̄ Kr. 2) nus es Dareste Kr. 3) *om.* Cod. 4) —] . m Kr.: —]mus Ch.: ne iter]um *non male supplevit* Mommsen: *melius* ne autem (āt') iterum 5) *duae vel tres litterae satis legi non possunt.* 6)]in Ch.:]u. Kr.: *nobis est* |ū. 7) *locus corruptus; nam glossemata in textum irrepserunt et quaedam verba male repetita sunt. Textus olim videtur haec tantum exhibuisse*: rei in iudicium deductae vel rei iudicatae. *Sciolus quidam ad* v^a r. i. i. d. *adnotaverat*: h. e. si adhuc pendet iudicium; *ad* v^a r. iud.: si iudicata in legitimo (sic) iudicio. *Inde maxima confusio orta est.* 8) *quaedam verba in phot. non leguntur*: ... le sunt Ch. Kr. 9) et Ch. Kr.: et' *videtur in* Cod. *legi posse.* 10) ——]e Ch. Kr.: *sed* —]i *legendum.* 11) nec red]ditam Kr. 12) actum Kr. 13) deinde] Mommsen Kr. 14) ex[ceptio, quod i]am Kr. *vix recte.*

Arnob. IV, 16 (*).

In Arnobio *adversus nationes* IV, 16 si trova il seguente brano, meritevole di attenzione da parte dei romanisti; tanto più meritevole in quanto che, come confido di poter dimostrare in un prossimo lavoro, le cognizioni giuridiche di Arnobio non sono nè scarse nè malferme.

Si tratta delle cinque Minerve e dell' imbarazzo in cui si trova il mortale, che non sa a quale fra esse competa a miglior titolo tal nome, a quale fra esse debba rivolgere il culto e le oblazioni.

Res si cum divinas adparemus adgredimurque aris flammantibus sua reddere constituta, Minervae omnes advolent ac de istius *nominis possessione* certantes poscent sibi singulae adparatum illum sacrorum reddi, quid in medio faciemus nos animal tenue vel in partes quas potius pii muneris officia transferemus? dicet enim forsitan prima illa . . . *meum* nomen est Minervae... Immo, inquiet quinta Minerva, ... desiste... *nomen iuris* tibi adsciscere *non tui*... Quid dicis? inquiet secunda haec audiens... perge igitur, aliud tibi quaere signum, nam mea res ista est — — — itane tu audes maiestatem tibi mei nominis usurpare? — — desiste tibi *nomen id, quod meum est, vindicare* — — — Si ergo, ut diximus, officia nobis adeuntibus religiosa Minervae adsint quinque ac *de huius nominis proprietate* rixantes sibi quaeque desideret aut thuris suffimenta libari aut ex pateris aureis inferia vina defundi, quo disceptatore, quo iudice controversias tollemus tantas? aut quis quaesitor,

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, VII, 1894, pp. 117-118].

quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta ?

Notevole la « proprietas nominis » ; notevole che quale azione per impedire altrui l'indebita assunzione del proprio nome si presenti ad Arnobio la *rei vindicatio*. Qui l'azione non si potrebbe avere, egli scrive, non già per ragione obbiettiva, ma perchè un mortale non potrebbe arrogarsi di giudicare fra *personae huiusmodi*.

Alla frase *quis quaesitor.... cervicibus erit*, etc., già l'Orelli in h. l. [cfr. anche Migne, V, 1035] aveva raffrontato il passo di Cicerone *in Verr.* 3, 59: qui erunt tantis cervicibus recuperatores, qui audeant in provincia, cum praetor adsit, non solum contra voluntatem eius, sed etiam contra fortunas iudicare ?

Del resto la tutela del diritto al nome mercè la *vindicatio nominis* non implica che si riconoscesse una vera *proprietas nominis*. Arnobio usa questa frase in mancanza di una che designi specificamente quel diritto. La *vindicatio* mette in evidenza uno degli elementi del dominio, quello di *attinenza* o *pertinenza* (aio meum esse — si paret *A*[i] *A*[i] *esse*). Non è dunque strano che oltre il dominio si tutelasse con la *vindicatio* qualche rapporto di intima pertinenza, come, per esempio, il diritto a un dato nome. Si pensi alla *vindicatio filii familias* nota ancora al diritto classico e giustinianeo. Qui non si tutela certo il dominio mediante tale azione. Anche l'estensione della tutela aquiliana per le lesioni recate a un *liberum corpus* è un fenomeno giuridico da spiegarsi analogamente.

Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice (*).

I.

Lattanzio.

Lattanzio, che prima della sua conversione al cristianesimo fu professore celebratissimo di retorica, ebbe del diritto romano una cognizione abbastanza ampia e sicura. In questo breve studio noi prescindiamo dai molteplici documenti, che al romanista offre l' opuscolo *de mortibus persecutorum;* sia perchè esso è sufficientemente noto anche ai giuristi, sia perchè è tutt' altro che sicuro ch' esso appartenga a Lattanzio.

Nelle altre opere, che invece si debbono ascrivere con certezza all' elegantissimo scrittore cristiano, si trovano allusioni frequenti, e talora importanti, al linguaggio giuridico o agli istituti giuridici, che denotano in lui (come già nel suo maestro Arnobio) una famigliarità con le opere dei giureconsulti. Benchè non abbia mai esercitato l' avvocatura (cfr. *Inst.* III, 13 « eloquens nunquam fui, quippe qui forum ne attigerim quidem »), pure trovò la necessità di non disgiungere dall' insegnamento dell' *ars dicendi* il necessario corredo di nozioni giuridiche, applicando gli esempi alle reali condizioni del diritto vigente, anzichè copiare dai greci o inventare di sana pianta leggi e istituzioni. A mantenerlo in questa giusta via giovò moltissimo

---

(*) [In *Memorie Accad. Scienze Modena,* Serie II, X, 1894, pp. 195-210. Il FERRINI riassunse questo studio su Lattanzio e Arnobio in un articolo pubblicato nella *Zeitschrift der Sav.-St. für Rechtsg.,* rom. Abt., 1894, 15, pp. 343-352, col titolo: " Die iuristichen Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius "].

senza dubbio lo studio indefesso di Cicerone, che gli fu costantemente modello.

Comincerò a ricordare le principali menzioni di frasi o di istituti giuridici, che si trovano nelle Istituzioni di Lattanzio (qua e là si citeranno le pochissime che si hanno nelle altre opere), aggiungendo all' uopo qualche schiarimento; seguiranno quindi alcune indagini circa la sua precipua fonte per siffatte materie.

Inst. I, 15 aliquem quod ipse non habeat, dare alteri posse? Allusione a una notissima paremia dei giuristi.

I, 18 La nota menzione della *lex Papia* e del *ius trium liberorum*. Questa testimonianza è già stata addotta (1), e probabilmente è tolta da Seneca. Dico probabilmente, poichè non mi pare sicuro che la citazione del passo (ora perduto nell' originale) di Seneca arrivi oltre le parole « ... liberos tollere ». Cfr., del resto, Ulp. *Reg.* 16, 3.

I, 20 Flora — — scripsit heredem certamque pecuniam reliquit, cuius ex annuo fenore suus natalis dies celebraretur editione ludorum. Ho riportato queste parole, quale esempio fra molti della notevole precisione del linguaggio in simile materia.

II, 2 quam ergo vim, quam potestatem.... Il binomio *vis et potestas*, frequente in Lattanzio [cfr. per es. *Inst.* IV, 15; *de ira Dei*, c. 10 etc.], sembra reminiscenza del linguaggio dei giuristi.

II, 4 nisi — — custodia diligens sepserit (simulacra), in praedam furibus cedunt. La custodia e anzi la *diligens custodia* è ricordata in relazione al furto, proprio come negli esempi tipici dei giureconsulti.

II, 4 si humilis quispiam tale quid commiserit (sacrilegium), huic praesto sunt flagella ignes eculei cruces et quidquid excogitare iratis et furentibus licet. Cfr. Ulp. 7 *de off. proc.*, D. 48, 13, 7 (6): « sacrilegii poenam debebit proconsul pro qualitate personae proque rei condicione et temporis et aetatis et sexus vel severius vel clementius statuere, et scio multos vel ad bestias damnasse sacrilegos, nonnullos etiam *vivos exussisse*, alios vero *in furca suspendisse* ».

---

(1) Heineccius, *ad leg. Iul. et Pap.*, II, 3, (Napoli 1768, vol. I, p. 221 sg.).

II, 6 neque domus habere dominium sui potest.

II, 8 dedit omnibus Deus pro virili portione sapientiam. La frase « pro virili portione » appartiene al linguaggio giuridico.

II, 9 « versuram solvis, Geta ». Veramente il passo deriva da Terenzio, *Ph.* v. 780-781 (1).

II, 10 ideoque a veteribus institutum est, ut sacramento ignis et aquae nuptiarum foedera sanciantur. Exulibus quoque ignis et aqua interdici solebat; adhuc enim videbatur nefas, quamvis malos, tamen homines capitis supplicio adficere. interdicto igitur usu earum rerum, quibus vita constat hominum, perinde habebatur ac si esset qui eam sententiam exceperat morte mulctatus.

II, 16 mundum regi a Deo dicimus, ut a rectore provincia: cuius apparitores nemo socios esse in regenda provincia dixerit, quamvis illorum ministerio res geratur.

III, 1 — — iudex, cuius non est argumentari sed pronuntiare. Cfr. III, 8.

III, 4 nos ergo, Marce Tulli — — insuendi, te iudice, in culleum, qui philosophiam negamus parentem esse vitae? Allusione alla pena dei parricidi.

III, 7 ab his qui habent (divitias), auferamus *clam dolo vi.* Chiarissima allusione alla distinzione dei giuristi tra furto (*clam, dolo*) e rapina (*vi*).

III, 21 quis aut vir mulierem aut mulier virum diliget, nisi habitaverint semper una, nisi devota mens et servata invicem fides *individuam* fecerit caritatem? Le quali parole ricordano molto da vicino le altre « viri et mulieris coniunctio *individuam* vitae consuetudinem continens » (*Inst.* 1, 9, 1), che io ho già dimostrato essere state prese dalle Istituzioni di Ulpiano.

IV, 3 dominum vero eundem esse qui sit pater, etiam iuris civilis ratio demonstrat. quis enim poterit filios educare, nisi habeat in eos domini potestatem? nec immerito paterfamilias dicitur, licet tantum filios habeat; videlicet nomen *patris* complectitur etiam servos, quia *familias* sequitur, et nomen *familiae* complectitur etiam filios, quia *pater* antecedit. unde apparet

(1) Cfr. Bekker, *Die röm. Komiker*, p. 29, 67.

eundem ipsum et patrem esse servorum et dominum filiorum: denique et filius manumittitur tamquam servus et servus liberatus patroni nomen accipit, tamquam filius. quodsi propterea paterfamilias nominatur, ut appareat eum duplici potestate praeditum etc.

IV, 4 similes sint aut filiis abdicatis aut servis fugitivis; quia neque illi patrem quaerunt neque hi dominum, et sicut abdicati hereditatem patris non adsecuntur et fugitivi impunitatem etc. L'*abdicatio filii* (ἀποκήρυξις) non è mai stata riconosciuta dal diritto romano [1] ma di fatto, almeno dal tempo dei Severi (cfr. Tert., *praescr. adv. haer.*, c. 39) fino a quello di Diocleziano (C. 8, 46 [47], 6), era in vigore, specialmente nelle province orientali [2].

IV, 4 solus dominus nuncupandus, qui regit, qui habet vitae necisque veram et perpetuam potestatem.

IV, 11 testamentum suum mutaret, idest hereditatem vitae inmortalis ad exteras converteret nationes.

IV, 20 nisi testator mortuus fuerit, nec confirmari testamentum potest, nec sciri quod in eo scriptum sit, quia clausum et opsignatum est.

IV, 20 nos heredes fecit, abdicato et exheredato populo Iudaeorum: cfr. IV, 4.

IV, 22 quamquam apud bonos iudices satis habeant firmitatis vel testimonia sine argumentis vel argumenta sine testimoniis.

IV, 23 non vult imponi sibi necessitatem parendi, tamquam sibi ius libertatis adimatur.

IV, 26 eo genere (supplicii) adficiendus fuit, quo humiles et infimi solent.

IV, 29 cum quis habet filium, quem unice diligit, qui tamen sit in domo et in manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen iure et domus una et unus dominus nominatur.

V, 1 sacrilegis et proditoribus et veneficis potestas defendendi sui datur nec praedamnari quemquam incognita causa licet.

---

(1) Cfr. Dirksen, *Civilistiche Versuche,* p. 62 sg.

(2) Cfr. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht,* p. 212 sg.

V, 6 non regnum, sed impiam tyrannidem *vi et hominibus armatis* occupavit. Palese allusione all' interdetto *de vi armata.*

V, 9 qui — nec culleum metuant: cf. III, 4.

V, 19 quod si servorum nequissimus iudicatur qui dominum suum fuga deserit isque verberibus et vinculis et ergastulo et cruce et omni malo dignissimus iudicatur, et si filius eodem modo perditus atque impius existimatur, qui patrem suum derelinquit, ne illi obsequatur, ob eamque causam dignus putatur qui sit exheres et eius nomen in perpetuum de familia deleatur...

VI, 9 quantum autem a iustitia recedat utilitas, populus ipse romanus docet, qui per fetiales bella indicendo et legitimas iniurias faciendo — — possessionem sibi totius orbis comparavit.

VI, 9 sicut illi XII tabularum conditores, qui certe publicae utilitati pro condicione temporum servierunt. aliud est igitur civile ius, quod pro moribus ubique variatur, aliud est vera iustitia etc.

VI, 20 huius igitur publici homicidii (i combattimenti gladiatorii) *socios et participes* esse non convenit eos (i cristiani). La frase « socius et particeps homicidii » è tecnica.

VI, 23 non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium; maritus autem, etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est.

VII, 27 haec est hereditas nostra, quae nec eripi cuiquam *nec transferri ad alterum* potest.

L' idea medesima di comporre le Istituzioni fu suggerita a Lattanzio dall' esempio dei giuristi. Lo dice egli medesimo (I, 1): « Et si quidem prudentes et arbitri aequitatis institutiones iuris civilis compositas ediderunt, quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent, quanto melius nos et rectius divinas institutiones litteris persequemur, in quibus non de stillicidiis aut aquis arcendis aut de manu conserenda, sed de spe de vita de salute de immortalitate de Deo loquemur ».

Il concetto, ch' egli ha delle *institutiones* e dell' *instituere,* è precisamente quello dei giuristi. Cfr. IV, 24: « qui vitam hominum *rudimentis* virtutis instituat »; IV, 28: « rudimentis iustitiae ad cultum verae religionis instituat »; V, 4: « aliud *instituere,* — quo necesse est doctrinae totius substantiam contineri ».

Nè mi pare impossibile il determinare quale fosse il modello precipuo di Lattanzio. I vari passi delle sue istituzioni, che contengono reminiscenze ulpianee, farebbero supporre verosimile che le Istituzioni di Ulpiano servissero appunto di esempio; la designazione di « prudentes et arbitri aequitatis » apposta ai compositori di *institutiones iuris civilis* sembra allusiva alle prime righe di quelle. Ma la dimostrazione può darsi più conveniente.

In un passo notissimo (V, 11) scrive Lattanzio: « quin etiam sceleratissimi homicidae contra pios iura impia condiderunt. nam et constitutiones sacrilegae et disputationes iuris consultorum leguntur iniustae. Domitius (i. e. Ulpianus) de officio proconsulis libro VII rescripta principum nefaria collegit, ut doceret, quibus poenis adfici oporteret eos, qui se cultores Dei confiterentur ». Immediatamente dopo queste parole (V, 12), Lattanzio — e il nesso, ch'io sappia, non fu ancora osservato — soggiunge:

quid iis facias, qui *ius* vocant carnificinas . . adversus innocentes . . ? Et cum sint iniustitiae crudelitatisque doctores, *iustos se esse tamen ac prudentes videri volunt* — —: adeone vobis, o perditae mentes, invisa *iustitia* est, ut eam summis sceleribus adaequetis?

Quell'Ulpiano medesimo, che nel VII libro *de officio proconsulis* raccoglie le costituzioni contro i cristiani per norma dei governatori delle province, inizia le sue Istituzioni con le celebri e tronfie parole: « cuius (scil. *iustitiae*) merito quis nos sacerdotes appellet; *iustitiam* namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur ». Il raffronto si prestava a una terribile ironia, che rendeva il rimprovero più efficace, e Lattanzio non era uomo da lasciarsi sfuggire la buona occasione.

Allusioni diverse a quel primo brano delle Istituzioni ulpianee chi sa leggere non mancherà di trovare in Lattanzio. Ecco esempii [1]:

Latt. V, 9 (si tratta appunto della *iustitia*) « nostros nihil aliud operari, nisi aequum et bonum »; cfr. Ulp. « est autem (ius) a iustitia appellatum; nam — est ars boni et aequi ».

---

[1] Che, notisi bene, son tutti presi da capi vicini a quello citato.

V, 8 « ad regendos homines non opus esset tam multis et tam variis legibus — — neque carceribus neque gladiis praesidum neque terrore poenarum ». Ulp. ibid. « .... metu poenarum ... » (1).

V, 20 « eiusmodi religiones neque bonos facere posse ». Ulp. « bonos efficere cupientes ».

VI, 9 « divini iuris ignarus gentis suae leges tamquam verum ius amplectitur, quas non utique iustitia, sed utilitas repperit . cur enim per omnes populos diversa et varia iura sunt condita, nisi quod unaquaeque gens id sibi sanxit, quod putavit rebus suis utile ? ». Ulp. « privatum (ius) quod ad singulorum utilitatem spectat » ; « ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, efficimus » (2).

Taccio di altre reminiscenze sparse nelle opere lattanziane; per es. *de opificio*, c. 20 « te ad *verae philosophiae* doctrinam cohortabor » ; cfr. Ulp. « veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam adfectantes ».

Alla soluzione della nota controversia, se il giureconsulto Tertulliano, di cui si hanno frammenti nei Digesti, sia identico col padre della chiesa omonimo, parmi possa trarsi un sussidio dal seguente passo (V, 1):

Minutius Felix non ignotus inter causidicos — — Septimius quoque Tertullianus fuit omni genere litterarum peritus, sed in eloquendo parum facilis.

L' autore, che ricorda la qualità di « causidicus » in Minucio Felice, non avrebbe certamente taciuta quella di « iuris consultus » in Tertulliano, se costui fosse stato davvero identico col celebre prudente.

---

(1) Cfr. VI, 9 timori adscribi potest, si praesentium poenarum metu sceleribus abstineant.

(2) Cfr. Inst. 1, 2, 2.

II.

Arnobio.

Di Arnobio, benchè maestro di Lattanzio, discorriamo in secondo luogo, perchè, a quanto sembra (¹), i suoi libri *adversus nationes* furono scritti dopo le Istituzioni del discepolo. Anche in Arnobio si rileva una notevole conoscenza del diritto, sia in molte allusioni al linguaggio giuridico, sia in varii accenni agli istituti.

Per norma dei lettori soggiungerò che le pagine sono indicate secondo l' edizione di Leida (dovuta alle cure di Salmasio; dubbio in Migne, *Patr.*, 5, 363, ma cfr. l'edizione di Reifferscheid, p. XII e p. 2); sempre però abbiamo tenuto presente l' ultima edizione del Reifferscheid.

I, p. 3 *leges* interpretantur et *iura*. Il noto dualismo ritorna, come vedremo, in altri passi di Arnobio.

I, p. 15 hanc legem *constituistis*, hanc *promulgastis*.

I, p. 16 mundus . . cuius est? aut quis eius vobis adtribuit *fructum possessionemque* retinere? Cfr. Gai. 2, 7.

I, p. 31 transcribere posse in hominem ius tuum. Cfr. Gai. 3, 130.

I, p. 36 quaenam est enim *ratio naturalis* aut in mundi constitutionibus lex scripta...? La frase « ratio naturalis » è specialmente gaiana.

II, p. 44 ab dominis se servi cruciatibus adfici, quibus statuerint, malunt, solvi coniuges matrimoniis, exheredari a parentibus liberi, quam fidem rumpere christianam.

II, p. 55 suppellectilem ceteram, quam familiaris usus exposcit. Cfr. le definizioni dei giuristi: per es. D. 33, 10, 6 pr.; 7, 1.

II, p. 62 usui est illis vita, non mancipio tradita.

II, p. 91 cum paratis bellum, signum monstratis ex arce? aut fetialia iura tractatis? per clarigationem repetitis res raptas?... in potestatibus obeundis leges conservatis annarias? in donis in muneribus cinciam? in cohibendis censorias sum-

---

(¹) Cfr. LATT., *Inst.*, V, 1.

ptibus? Quanto si dice qui della lex Cincia, va inteso restrittivamente di alcune disposizioni di essa, giacchè verso il 295, anno in cui Arnobio a un dipresso scriveva (1), la lex Cincia non era del tutto caduta in disuso.

III, p. 100 si adstipulatores habuerit plurimos.

III, p. 100 nec spoliabitur vi sua, etiamsi nullum habeat vindicem.

III, p. 103 alios audiam — dicere: oportere statui per senatum, aboleantur ut haec scripta, quibus religio christiana comprobatur.

III, p. 109 *dicis causa* species vos ei accommodavisse mortalium.

III, p. 121 audetis intendere nostri nominis causa res humanas ab diis premi. - *Intendere* qui è usato quasi nel senso tecnico dei giuristi.

IV, pp. 136-138. Qui vi ha un passo interessantissimo; una supposta controversia delle cinque Minerve intorno alla proprietà del nome. Prima (p. 136) « de istius nominis possessione certantes »; poi, più esattamente: « de huius nominis proprietate rixantes ». Il passo è notevole anche perchè la storia delle cinque Minerve pende, come tutti quasi i simili racconti, da Clemente Alessandrino (2), ma la finzione spiritosa della lite appartiene ad Arnobio. Cfr. Röhricht (3): « simplicem denique Minervarum seriem Arnobius infra de rixa dearum blaterans verbose pertractavit ». Che al Röhricht ciò sembri vana chiacchierata, gli si può perdonare, come a persona affatto ignara di diritto. Per noi invece, a cui delle cinque Minerve importa assai poco, è questo il punto di maggiore momento. Io non voglio sostenere addirittura che i romani conoscessero una vindicatio nominis (4), quando taluno si usurpasse un nome indebito, cui fossero attribuiti speciali onori o facoltà

---

(1) TEUFFEL, *röm. Litt.*, 3, n. 396.

(2) Cfr., oltre i citati dal ROEHRICHT, *De Clemente Alexandrino*, Amburgo 1892, p. 3, già il DE NOURRY in MIGNE, *Patr.*, V, 397.

(3) L. c., p. 18.

(4) Cfr. da ultimo SCIALOJA, *Sul diritto al nome*, p. 42 sgg. Del resto io devo dichiarare che una *nominis vindicatio* non mi pare impossibile. Nella *vindicatio* nella sua funzione ordinaria si dà rilievo ad uno degli elementi della proprietà, a quello cioè di pertinenza (“ aio *meum* esse ”; “ si paret

(come nel presente caso: « poscent sibi singulae apparatum illum sacrorum reddi »); ad ogni modo il passo, in tanta scarsezza di documenti, è pur degno di meditazione. L'autore concepisce il processo, che dovrebbe aver luogo in simil caso, come una vera rivendica; una delle contendenti dice: « desiste igitur nomen *iuris* tibi adsciscere non *tui* — — aliud tibi quaere signum; nam *mea res* ista est ». Un' altra: « itane tu audes maiestatem tibi mei nominis usurpare? — — desiste tibi nomen *id, quod meum est, vindicare* ». E poi: « quo disceptatore, quo iudice controversias tollemus tantas? aut quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut *vindicias iustas dare* aut *sacramenta* conetur pronuntiare non *iusta?* ».

IV, p. 140 usu farre coemptione genialis lectuli sacramenta condicunt. Esatto; ma si attenderebbe: *farre coemptione usu.*

IV, p. 140 habent speratas, habent pactas, habent interpositis stipulationibus sponsas? « Sponsas pactas » è tecnico: « sponsae interp. stip. » si devono forse a reminiscenze storiche, che dal libro di Servio passarono nelle opere dei giuristi.

IV, p. 142 « homines — — adulteria — legibus vindicant et capitalibus adficiunt eos (adulteros) poenis ». « Capitales poenae » (ma non *sanguinis*) per questo reato ai tempi di Arnobio sono appunto attestate (1).

IV, p. 150 « rogationibus plebiscitis consultorum senatus metu intercedere prohibere sancire, ne quis vellet de diis passim, nisi quod esset plenum religionis, effari ». Per l'ordine cfr. Gai. 1, 2 sg.

IV, p. 150 maiestatis sunt apud vos rei qui de vestris sequius obmurmuraverint aliquid regibus. magistratum in ordinem redigere, senatorem aut convicio prosequi suis esse decrestis periculosissimum poenis. carmen malum conscribere, quo fama alterius coinquinetur et acta, decemviralibus scitis eva-

---

Aⁱ Aⁱ esse „). Perchè dunque non avrebbe la *vindicatio* potuto estendersi a tutela di altri rapporti di intima pertinenza, *in quanto tali* paragonabili alla proprietà? Un rapporto simile è quello della persona verso il suo nome. Del resto ricorderò che il diritto classico conosce ancora la *vindicatio filii familias*. Nè un fenomeno dissimile è l'estensione della tutela aquiliana per le lesioni recate ad un *liberum corpus* [Cfr. *supra*, p. 465 sg.].

(1) Cfr. anche THALEL. in Bas. Hb., I, 704.

dere noluistis impune ac, ne vestras aures convicio aliquis petulantiore pulsaret, de atrocibus formulas constituistis iniuriis.

La testimonianza di Arnobio rispetto alla legge decemvirale sul *malum carmen*, non ignota allo Schöll [1], fu negletta dal Voigt [2]. Quanto si dice circa il « magistratus » e il « seantor » riposa, a mio avviso, su Gai. 3, 225 (già Gaio sembra la precipua fonte giuridica di Arnobio): « atrox... iniuria... si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria ». Per le parole « de atrocibus formulas constituistis iniuriis » cfr. G. 3, 224 « cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat... hac ipsa quantitate taxamus formulam ».

V, p. 156 mortalium sese denuntiationibus sisti [3].

V, p. 185 quod enim factum gestum est infectum non potest fieri: paremia giuridica.

V, p. 188 da veram iudicii formam.

VI, p. 195 per tramites ergo quosdam et per quaedam fideicommissa, ut dicitur, vestras sumunt atque accipiunt cultiones.

VI, p. 205 indigna res est — — summorum custodiam numinum canum sollicitudinibus credere et cum aliquam quaeras prohibendi formidinem furibus etc. Sulla « custodia », specie in relazione al furto, cfr. la nota a Lattanzio II, 4. Cfr. poi a p. 206 « custodia pertinaci suas aedes simulacraque tutari ».

VII, c. 17 stercoribusque vos accipi inter atroces computaretis iniurias.

VII, c. 21 animalium facta est inter deos divisio? transactionis alicuius pactione convenit, ut ille contineret ab huius se hostia, hic ut usurpare desineret alieni sanguinis iura?

VII, c. 31 ne vinum — esse sacrum incipiat et ab usibus eripiatur humanis.

VII, c. 40 ab *legum* interitu et ab *iuris* occasu: cfr. I, 3.

VII, c. 42 feminarum genus, quas ab negotiis publicis condicio fragilitatis excepit.

Gli esempi arrecati bastano a dimostrare la vasta e abbastanza sicura dottrina giuridica di Arnobio, e possono servire di qualche insegnamento ai moderni.

---

[1] *XII tab.*, p. 140.

[2] *Die XII Taf.*, II, p. 524 sgg.

[3] Keller, *Civilpr.*, p. 391.

III.

Minucio Felice.

Assai meno ricca è la messe, che ci presenta l' *Octavius* di Minucio Felice, che pur è annoverato, come abbiamo visto, da Lattanzio fra i migliori *causidici*, lode ripetuta da S. Gerolamo tanto nel Catalogo degli scrittori ecclesiastici, quanto nell' *Epistula ad Magnum*.

Intorno all' Ottavio di Minucio Felice abbiamo una dissertazione di un elegante giurista, il Balduino; ma dessa non è propriamente intesa a rilevare le cognizioni giuridiche dell' antico polemista cristiano e l' uso che il romanista può fare dell' opera sua, ma mira in genere a farne risaltare i pregi e a mettere in rilievo la bella figura di quel dotto *causidicus*, che, allontanandosi nelle ferie dallo strepito forense, si dà agli studi tranquilli e alla meditazione del vero.

Lo stesso Minucio ci fa comprendere negli inizi del suo lavoro quale fosse la sua professione; la scena del dialogo pone egli ad Ostia, dove s' era recato per le ferie autunnali: « sane et ad vindemiam feriae *iudiciariam curam* relaxaverant ». I passi poi del dialogo, che o per allusioni alle tecniche frasi dei giuristi o per notizie attinenti agli istituti e alle leggi possono avere importanza per il romanista, sono i seguenti:

c. 10 cuius [del Dio dei Giudei — la frase è in bocca del contradditore pagano —] adeo nulla *vis nec potestas est*, ut sit romanis numinibus cum sua sibi natione captivus.

c. 15 decedis officio iudicis religiosi. L' *officium* e la *religio iudicis* son parimenti termini tecnici.

c. 24 servo quibusdam ceremoniis interesse piaculare flagitium est.

c. 28 nec tanto tempore aliquem existere, qui proderet (i pretesi delitti dei cristiani), non tantum facti veniam, verum etiam iudicii gratiam consecuturum.

c. 28 nos tamen cum sacrilegos aliquos et incestos, parricidas etiam (i pretesi delitti apposti ai cristiani) defendendos et tuendos suscipiebamus, hos nec audiendos in totum putabamus; nonnunquam etiam miserantes eorum crudelius saeviebamus, ut torqueremus confitentes ad negandum, videlicet

ne perirent; exercentes in his perversam quaestionem (ossia capovolgendo il consueto ufficio della tortura), non quae verum erueret, set quae mendacium cogeret. et si quis infirmior malo pressus et victus christianum se negasset, favebamus ei quasi eierato nomine facta sua illa negatione purgaret.

c. 28 si ratio — — iudicaret, urgendi magis, non ut diffiterentur se christianos, set ut de incestis stupris de impiatis sacris de infantibus inmolatis faterentur.

c. 28 proh nefas! id in se pessimi facinoris admittunt, quod nec — potest — cogi servitus durior.

Il Vower nelle note a questo passo vi scorge un'allusione alla costituzione di Antonino Pio riferita in D. 1, 6, 2, in Inst. 1, 8, 2, nonchè nella *Collatio* 3, 3, 2. È, in realtà, molto verosimile. Cfr. pure « servitus durior » con le parole della costituzione « durius habiti ».

c. 29 et est eis tutius per Iovis genium peierare quam regis. Cfr. le due costituzioni di Alessandro Severo: C. 4, 1, 2. 9, 8, 2. Il « peierare per genium principis » poteva condurre a un *crimen maiestatis*: mentre « iurisiurandi contempta religio satis Deum (Alessandro avrà forse scritto *deos*) ultorem habet » ([1]).

c. 31 *fratres* vocemus, ut unius Dei parentis homines, ut *consortes* fidei, ut spei *coheredes* ([2]).

c. 37 imperator tamen quod non habet non dat.

c. 38 Simonides in perpetuum *comperendinat* (ossia « continua a rimetter la cosa da un giorno all'altro »: la frase è rigorosamente legale).

([1]) Cfr. pure BALDUINO, *Diss.* cit., ed. Leida 1709, p. 479.

([2]) Cfr. PERNICE, *Parerga*, I, p. 68 sgg.; FERRINI, *Origini del contratto di società*, p. 5 sgg. [*infra*, vol. IV].

Su le idee giuridiche contenute nei libri V e VI delle Istituzioni di Lattanzio (*).

1. Il libro quinto delle Istituzioni di Lattanzio s' intitola *de iustitia* e, benchè l'autore, più che del diritto, si occupi in esso della morale, pure, in forza del nesso strettissimo intercedente fra l' uno e l' altra, il suo studio riesce non meno proficuo per il giurista che per il moralista. Allo studio del libro quinto va però congiunto quello del libro sesto *de vero cultu*, il quale non si occupa del culto esteriore, ma della virtù e santità dello spirito. In entrambi i libri il polemista cristiano mira a dimostrare la grande superiorità delle nuove dottrine in confronto delle pagane, e, in occasione appunto di tale dimostrazione, si appalesa il contrasto tra le antiche idee giuridiche romane e le esigenze del cristianesimo; contrasto ben degno di essere accuratamente meditato da chi voglia prepararsi a indagare seriamente la natura e i limiti dell' influenza cristiana sul diritto romano.

Simili raffronti a preparazione di così importante ricerca si possono fare col sussidio degli scritti di altri autori cristiani; ma, se questo nostro primo saggio si riferisce a Lattanzio, non è senza ragione. Lattanzio, come altrove ho avuto occasione di provare, è notevolmente versato nella conoscenza del diritto romano; egli ha insegnato retorica a Nicomedia, e non ha potuto disgiungere affatto l' insegnamento della sua disciplina

(*) [In *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*. V, 1894, pp. 581-586].

da quello degli elementi del diritto. Per ciò appunto egli è meglio in grado di giudicare e di confrontare. Queste stesse Istituzioni sono scritte sull' esempio di quelle dei giuristi (non, come si potrebbe credere, sull'esempio dei retori); egli stesso lo confessa in principio del lavoro. Anzi, si può senza temerità asserire che il modello da lui in particolar modo seguito furono le Istituzioni di Ulpiano. Nel libro V c. 11, a dimostrare a quali aberrazioni fossero i pagani trascinati dalle loro false idee di giustizia, soggiunge: « quin etiam sceleratissimi homines contra pios iura impia condiderunt; nam et constitutiones sacrilegae et disputationes iurisperitorum leguntur iniustae. Domitius (cioè Ulpiano) de officio proconsulis libro septimo rescripta principum nefaria collegit, ut doceret, quibus poenis adfici oporteret eos qui se cultores Dei confiterentur ». Nel tratto immediatamente successivo (c. 12 in principio) egli si rivolge sdegnato contro tali giurisperiti ed esclama: « Quid iis facias, qui ius vocant carnificinas veterum tyrannorum adversus innocentes rabide saevientium? et quum sint iniustitiae crudelitatisque doctores, iustos se esse tamen ac prudentes videri volunt etc. »: nelle quali ultime parole è difficile non vedere un' allusione alle tronfie parole, con cui lo stesso Ulpiano comincia le sue Istituzioni, vantandosi cultore e anzi sacerdote della giustizia.

2. Il diritto romano — come in genere i vari diritti positivi — sembra a Lattanzio troppo informato al principio di utilità. Evidentemente soccorre qui di nuovo alla sua memoria quanto nelle Istituzioni scrive Ulpiano, dove riconduce tutte le deviazioni del « ius civile » e del « ius naturale » al principio di utilità. Si vegga soprattutto quanto scrive Lattanzio al libro VI c. 9: « Unaquaeque gens id sibi sanxit, quod putavit rebus suis utile? quantum autem a iustitia recedat utilitas, populus ipse romanus docet, qui per fetiales bella indicendo et legitime iniurias faciendo, semper aliena cupiendo atque rapiendo, possessionem sibi totius orbis comparavit ». E più avanti: « Sicut illi XII tabulam conditores, qui certe publicae utilitati pro condicione temporum servierunt; aliud est igitur civile ius, quod pro moribus ubique variatur, alia est vera iustitia ».

Ora, sono specialmente due i principii supremi di giustizia, a cui, secondo Lattanzio, non si deve derogare per meri ri-

guardi di utilità; e sono il rispetto alla vita e alla dignità umana e l'uguaglianza di trattamento. È ovvio come siffatte dottrine si ricolleghino ai principii del cristianesimo.

Dal primo degli accennati principii deriva Lattanzio la condanna degli spettacoli circensi. Le sue parole in proposito sono conosciute; ma riportarle non nuoce, tanto sono nobili e degne: « Qui hominem », così egli scrive, « quamvis ob merita damnatum in conspectu suo iugulari pro voluptate computat, conscientiam suam polluit....; hos tamen ludos vocant, in quibus humanus sanguis effunditur....; huius igitur publici homicidii socios et participes esse non convenit eos, qui iustitiae viam tenere nituntur; non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum prohibet, sed ea quoque ne fiant monet, quae apud homines pro licitis habentur » [1]. Che siffatti insegnamenti abbiano potuto influire sulla legislazione di Costantino, è cosa che, dati i rapporti tra Lattanzio e la casa imperiale, si presenta tutt' altro che inverosimile. Si confronti la costituzione di quel principe nel Codice teodosiano 15, 12, 1: « Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent; quapropter, quia omnino gladiatores esse prohibemus, eos qui forte delictorum causa hanc condicionem atque sententiam mereri consueverant, metallo magis facies inservire, ut sine sanguine scelerum suorum poenam agnoscant ». L'influenza di Lattanzio sembra in più punti palese, e cioè nel vietare assolutamente i ludi gladiatorii anche pei delinquenti (« hominem quamvis ob merita damnatum » Latt.) e nel sostituire a tale pena una incruenta. Sembra che all' imperatore s' imponga non solo l' effetto immorale di tali spettacoli, ma pure il rispetto dovuto alla vita umana. Lattanzio infatti arriva perfino, esagerando le conseguenze di un principio giusto, a ritenere illecita la milizia e la pena capitale: « Ita neque militare iusto licebit, cuius militia est ipsa iustitia; neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat utrumne ferro an verbo potius occidas..,. quia occidere hominem sit nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit ». Il prof. Carrara, in un suo opuscolo alquanto declamatorio e avventato [2], ha anzi creduto che con quella costituzione l' im-

---

[1] Inst. 6, 20; cfr. Epitome c. 6.
[2] *Un abolizionista dimenticato,* specialmente p. 6 sgg.

peratore abolisse la pena di morte e che questa non venisse ripristinata, quasi di straforo, che in occasione delle grandi compilazioni giustinianee. Questo è certamente erroneo; in molteplici costituzioni dello stesso Costantino, posteriori alla c. 1 citata, e dei suoi successori è comminata la pena di morte, tanto semplice quanto esacerbata; basti citare ad esempio C. Th. 11, 36, 4. Le parole, quindi, della costituzione, « *cruenta spectacula* », giovano bensì a riconoscere la genesi del pensiero legislativo, ma non provano in alcun modo che il legislatore seguisse anche nelle loro esagerazioni le dottrine del grande polemista cristiano.

Altre conseguenze che nel luogo citato Lattanzio deriva dallo stesso principio sono la riprovazione assoluta del procurato aborto, dell'esposizione o vendita di neonati. Contro siffatti abusi non erano mancati anche nell'epoca pagana provvedimenti legislativi e giurisprudenziali; ma la cura speciale posta da Costantino e dai suoi successori a sradicarli non è certo da stimarsi indipendente dalle nuove dottrine; cfr. per es. C. 8, 46, 10. 4, 43, 2. 8, 51, 2. 8, 16, 17.

3. L'altro principio è da Lattanzio più volte esposto e con termini molto efficaci: « Altera », così egli scrive al libro V, c. 15, « est iustitiae pars aequitas; aequitatem dico non utique bene iudicandi (quod et ipsum laudabile est in homine iusto), *sed se cum ceteris coaequandi* ». Aggiunge: « Quare neque romani neque graeci iustitiam tenere potuerunt, quia *dispares multis gradibus homines habuerunt*, a pauperibus ad divites, ab humilibus ad potentes, a privatis denique usque ad regum sublimissimas potestates. *Ubi enim non sunt universi pares, aequitas non est et excludit inaequalitas ipsa iustitiam, cuius vis omnis in eo est, ut pares faciat eos, qui ad huius vitae condicionem pari sorte venerunt* ». Un lettore alquanto superficiale potrebbe anzi credere che Lattanzio vagheggiasse una specie di comunismo o di socialismo, e tale opinione si conforterebbe apparentemente dalla descrizione entusiastica dell'età dell'oro — quando erano tuttora giusti gli umani, e prima che Giove con l'ineguaglianza portasse in terra l'ingiustizia — che si trova al c. 5 dello stesso libro V. L'età dell'oro non è per Lattanzio una finzione poetica, ma realtà storica: « non pro poetica fictione, sed pro vero habendum est ». In quella fortunata età « quum Deus communem omnibus terram dedisset,

ut communem degerent vitam, non ut furens avaritia sibi omnia vindicaret nec ulli deesset quod omnibus nasceretur », tutti erano ammessi a godere i proventi della terra e degli animali. Fu più tardi che le passioni e la cupidigia prevalsero: « sic hominibus intercidit communitas vitae et diremptum est foedus societatis humanae! ». E allora (lib. V c. 6) « non tantum non participabant aliis ii, quibus aliquid adfluebat, sed aliena quoque rapiebant in privatum lucrum trahentes omnia... *leges etiam sibi nomine iustitiae iniquissimas iniustissimasque sanxerunt,* quibus rapinas et avaritiam suam contra vim multitudinis tuerentur... hinc honores sibi et purpuras et fasces invenerunt, ut securium gladiorumque terrore subnixi quasi iure dominorum perculsis ac paventibus imperarent ».

Tuttavia non è da credere che Lattanzio negasse il diritto di proprietà e volesse tolta ogni disuguaglianza di fatto tra gli uomini. Già nella descrizione dell' età dell' oro si leggono queste parole: « Non ut existimemus nihil omnino tunc fuisse privati, sed more poetico figuratum, ut intelligamus tam liberales fuisse homines... ut pauperes ad communionem proprii laboris admitterent ». E, similmente, dopo aver rimproverato con le surriferite parole ai greci ed ai romani la grande disparità di trattamento fra le varie classi sociali, osserva (V, 16) che anche fra i cristiani vi erano i poveri ed i ricchi; ma che questa differenza era praticamente molto temperata dall' uso benefico, che i secondi facevano delle loro ricchezze.

Le principali conseguenze, che Lattanzio deduce da tale principio dell' *aequitas* così intesa, sono la riprovazione della schiavitù e il dovere d' incoraggiare tutte quelle pie istituzioni, che servono a lenire i dolori dei sofferenti. « Nemo », così scrive al libro V c. 15, « apud eum (cioè per l' uomo giusto) servus est, nemo dominus; si enim cunctis idem pater est, aequo iure omnes liberi sumus ». Dove l' immediata soppressione della schiavitù o anche l' immediata liberazione dei singoli avesse presentato qualche inconveniente o pericolo, si consigliavano quei temperamenti, che di fatto valessero a togliere l'asprezza e l' umiliazione della condizione servile: « Tametsi corporum sit diversa condicio (così l. cit., c. 16), nobis tamen servi non sunt, sed eos et habemus et dicimus spiritu fratres, religione conservos ».

I grandi procetti della beneficenza universale sono da

Lattanzio riferiti e commentati al libro VI, c. 10 sgg. Ivi si passano in rassegna le principali classi di sventurati e i relativi rimedi suggeriti da una carità illuminata, e lo studio di quei capitoli è tutt' altro che inutile per il giurista, dacchè appunto corrispondono a quelle diverse classi altrettante istituzioni pie, che per la prima volta sotto gl' imperatori cristiani ebbero vita e giuridico riconoscimento. « Largire », così al libro VI, c. 11, « caecis, debilibus, claudis, destitutis, fove quantum in te est, et animas hominum, ne extinguantur, humanitate sustenta ». Quindi si discorre (c. 12) della ospitalità dei peregrini, della redenzione dei captivi, della protezione degli orfani, della cura degli infermi, delle sepolture dei poveri e dei peregrini etc. È impossibile non trovare nella legislazione dei principi cristiani l' eco di tali dottrine. Cfr. per es. C. 1, 3, 28: « Nulli licere decernimus.... dispositionem pii testatoris infringere vel improba mente violare, adserendo incertum esse legatum vel fideicommissum *quod redemptioni relinquitur captivorum*, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris piae rei negotio proficere »; 1, 2, 12, 1: « Et quia humanitatis nostrae est prospicere egenis ac dare operam, ut pauperibus alimenta non desint etc. ». La rubrica del titolo 3 libro I del Codice, contenente leggi dei soli principi cristiani, « de orphanotrophis et brephotrophis et xenodochis, et de redimendis captivis », è per se stessa un efficace commentario al libro VI c. 12 di Lattanzio. La stessa figura giuridica della « fondazione » è ignota al diritto classico; essa si presenta la prima volta nel diritto dei principi cristiani, come forma necessaria delle molteplici creazioni ispirate dalla carità.

Postille giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcellina (*).

I.

Questa bellissima lettera non solo è importante perchè ci narra i particolari di uno dei più notevoli episodii della vita del forte e santo vescovo; ma anche per le informazioni che ci procura intorno agli avvenimenti, agli istituti, alle opinioni del tempo. In queste poche e subitanee postille intendo semplicemente di richiamare l'attenzione su alcuni punti più importanti per il romanista.

II.

È notissimo il fatto, intorno a cui si aggira la lettera. L'imperatore Valentiniano II, poco più che fanciullo, sotto l'influenza della madre Giustina ariana, aveva ordinato la consegna di una delle basiliche milanesi, perchè venisse ufficiata da un vescovo ariano pei seguaci di questo culto. Costoro, come si ricava dal capo 12, erano pochi; taluni *de familia regia* e non molti goti. Alcuni messi della corte, membri del consistorio imperiale, cominciano a chiedere ad Ambrogio la più grande basilica, quella nuova *intra muros*; nel tempo medesimo gli ordinano di procurare che non nascano tumulti nel popolo. La risposta del Vescovo è semplice: « *Templum Dei a sacerdote tradi non posse* ». Allora si muove lo stesso prefetto (e qui

(*) [In *Scritti varii pubblicati per il XV centenario della morte di S. Ambrogio,* Milano, Cogliati, 1897].

va inteso il *praefectus praetorio*), che tenta di persuadere la cessione almeno della basilica Porciana o *extramurana*. Questi viene nella chiesa medesima; il popolo alza le sue proteste e il prefetto si ritira dicendo che avrebbe riferito tutto all' imperatore. Nel giorno successivo il fisco fa apporre i *vela* alla basilica Porciana: era un' affermazione della signoria imperiale. Ambrogio, essendo domenica (delle Palme), si reca a celebrare nell' altra basilica e fa anzi mettere in salvo un certo Catulo, prete ariano, rincorso da alcuni popolani. Dopo la *suspensio velorum* sarebbe stato sommamente pericoloso cercare di andare nell' altra basilica guardata dalle milizie palatine.

III.

Intanto « *condemnationes gravissimae decernuntur* ». Queste *condemnationes* non sono sentenze di tribunali, ma provvedimenti generali e coercitivi emanati a nome del principe per infrangere la resistenza ai suoi ordini. È notevole che niuno di questi provvedimenti concerne S. Ambrogio e il suo clero; la lettera non mancherebbe di farne parola. Troviamo indicato, non come unico che s' intendesse applicare, ma come primo (e verosimilmente principale) di essi, una multa di duecento libbre d' oro da pagarsi entro tre giorni dal *corpus mercatorum*. È da ritènere che le varie corporazioni privilegiate, poichè s' erano schierate dalla parte del Vescovo, avrebbero potuto incorrere in simili coercizioni: il *corpus mercatorum* ha poi speciali rapporti (quello, s' intende, della residenza imperiale) con la casa del Principe (C. 1, 4, 1. 6, 63, 1). Che la multa inflitta ai *mercatores* fosse la più grave, si comprende, dal momento che questa era la corporazione più ricca. Le multe inflitte erano un antichissimo rimedio coercitivo contro i renitenti agli ordini dell'autorità (*multae dictio*); non si trattava di vera pena, ma di provvedimento politico e amministrativo: tant' è vero che qui lo troviamo applicato contro una corporazione, per sè non passibile di pena. Nello stesso capitolo si parla di « catene che stridono, che s' impongono al collo di innocenti »: il carcere era altro dei modi di *coercitio*, e non è inverosimile che taluni del *corpus mercatorum* fossero imprigionati finchè venisse pagata la somma integrale.

IV.

Ambrogio intanto era pressato nuovamente dai *comites* e dai capi militari, perchè si facesse sollecitamente la tradizione della basilica: l'argomento era, che l'imperatore, domandandola, non faceva che usare di un suo diritto, *eo quod in potestate eius essent omnia*. Con queste parole è pienamente scolpito il concetto dominante dell'autorità imperiale, soprattutto dopo la riforma di Diocleziano. Nè molto diversamente s'insegnava nelle scuole di diritto: βασιλεὺς... οὐ μόνον τῆς ἡμετέρας περιουσίας, ἀλλὰ καὶ αὐτῶν τῶν σωμάτων ἐστὶ κύριος [1]. Se anche teoricamente le *res divini iuris* non cadevano sotto la signoria del principe, in pratica ciò poco importava, dal momento che egli era anche *pontifex maximus*. Il *permissum principis* o l'*auctoritas principis* ha, per es. nel *ius sepulchrorum*, piena efficacia. Tali idee, così radicate nel mondo pagano, facevano grande resistenza a quelle ben diverse del cristianesimo. L'epistola XXI di Ambrogio a Valentiniano è un documento degnissimo di studio per i continui tentativi di immissione del potere imperiale negli affari di stretta pertinenza ecclesiastica. Ambrogio rispose che, se l'imperatore avesse voluto il suo patrimonio, non l'avrebbe negato; se la vita, non avrebbe opposto resistenza (parafrasando quasi i concetti che troviamo esposti nei giuristi di quest'ultimo periodo); ma affermò nuovamente: *ea quae sunt divina imperatoriae maiestati non esse subiecta*.

I militari, che erano stati spediti ad occupare la basilica, fanno invece causa comune col popolo; dichiarano di essere venuti « *ad orationem, non ad praelium* » e fanno sapere all'imperatore che sarebbero stati con lui, se l'avessero visto convenire coi cattolici, altrimenti essi sarebbero passati al *coetus* raccolto da Ambrogio. Intanto nell'altra basilica Ambrogio teneva il suo sermone prendendo occasione dal libro di Giobbe letto quella mattina. Il discorso è di una franchezza e di una libertà, che riempiono di stupore, ma che ben s'addicono in bocca di colui, che all'imperatore stesso e prima e poi non aveva e non avrebbe risparmiato i rimproveri, che non

(1) Cfr. Theoph. 1, 2, 7 (ed. FERRINI, I, p. 15).

dubitò di scrivere dopo l'eccidio di Tessalonica a Teodosio quella lettera così misurata e mite nei termini, ma così ferma e severa nella sostanza, che in faccia a Massimo seppe pronunciare ardimentose parole e che ad Eugenio diede una fiera e lunga risposta piena di maestà sacerdotale. Il sermone contiene rampogne non dissimulate per Giustina, a cui applica le parole della Scrittura: « hai parlato come una sciocca ». Ricorda quante volte le femmine furon causa di mali o di persecuzioni: Eva, Jezabel, Erodiade. E finalmente parla della sua posizione di fronte all'imperatore. « Mi si comanda di consegnare la basilica e io rispondo: *nec mihi fas est tradere; nec tibi accipere, imperator, expedit.* Tu non puoi *nullo iure* violare la casa di un privato e stimi di poterti usurpare la casa di Dio? Si allega che tutto sia lecito all'imperatore, che di lui sieno tutte le cose e io rispondo: non fare il tuo danno, o imperatore, credendo di avere qualche diritto imperiale in quelle cose che appartengono a Dio ». L'affermazione che l'imperatore « *domum privati nullo iure potest temerare* » può sembrare strana di fronte all'altra che di lui sono tutte le cose; ma va ricordato che questo era un principio teorico, mentre i rapporti privati di fronte al fisco erano tutelati da molte costituzioni imperiali, e che ad ogni modo la « pace della casa » è un antichissimo concetto ario in molte maniere riconosciuto per tutto il corso del diritto romano e negli ultimi tempi quasi rinvigorito per l'immettersi delle correnti germaniche preponderanti nella civiltà latina.

V.

A corte intanto l'attitudine dei soldati aveva prodotto il suo effetto; dalla basilica occupata vengono tolte le « *cortinae regiae* », vale a dire i segnali della presa di possesso fiscale: il popolo vi si era recato in folla e avea invocata la presenza del Vescovo, che vi andò e tenne un breve discorso. Un *notarius* imperiale è mandato ad Ambrogio per parlargli a nome del principe e gli rivolge la domanda, perchè avesse operato contro gli ordini. La domanda era grave, poichè in sostanza si chiedeva se Ambrogio fosse reo di lesa maestà. E infatti il *notarius* continuava: « *Si tyrannus es, scire volo, ut sciam quem-*

admodum me adversus te praeparem ». *Tyrannus* nel linguaggio del tempo è appunto chi insorge contro l'imperatore, chi insomma si rende reo di *crimen laesae*: la voce in questo è presa dal greco. Negli stati greci antichi chi insorgeva contro l'ordine costituito era di solito colui che aspirava al principato (τύραννος), come pure in Roma antica l'ordinaria forma del delitto di maestà era il *crimen regni*. Ma, come la voce « *maiestas* » dal popolo e dalla *res publica* fu trasferita al principe, così il significato di τύραννος e *tyrannis* vennero modificandosi. Lo Pseudo-Teofilo traduce le parole « *iudicatus fuerit perduellionis reus* » (Inst. 3, 1, 5) così: ἀπεδείχθη τύραννος, come prima discorre di τὸ τῆς τυραννίδος ἔγκλημα (ed. Ferr., II, p. 258). Tale imputazione non poteva venire ad Ambrógio per le parole pronunciate in chiesa, quantunque, come egli stesso dice, contenessero un « *gemitus liberior* ». Infatti, esse non erano rivolte contro l'imperatore, ma contro Giustina; e poi, sebbene la nota legge di Teodosio, Arcadio e Onorio, che tempera in proposito il rigore pei semplici discorsi contrarii al principe (C. 9, 7, 1), sia posteriore di qualche anno ai fatti narrati in questa lettera, è da credere che essa riproduca una prassi già vigente. Piuttosto, se non dalle esplicite affermazioni di Ambrogio, risulta dal contesto che i motivi di accusa erano due: l'imputazione di aver cercato di far invadere la basilica nonostante l'apposizione dei *vela regia* e quella (che in realtà aveva destato i più vivi malumori) di avere eccitato contro il principe gli animi dei soldati. La radunanza del popolo nelle basiliche poteva assumere parvenza di *coetus* o *seditio*; il « *milites sollicitari quo seditio tumultuose fiat* » (D. 48, 4, 1) era una delle più gravi figure di *maiestas*. Al *notarius* Ambrogio risponde solo, in genere, di non avere alcun animo ostile al principe, e in ispecie si scusa solo circa l'occupazione della basilica; egli vi ha diretto il clero e vi è andato, solo quando i *vela regia* erano stati levati.

VI.

Si comprese, nel *palatium*, che non era il caso di insistere pel momento. Il giorno successivo i soldati vengono fatti ritirare; al collegio dei mercanti si restituisce quanto era stato estorto. Grande il giubilo universale del popolo, che vedeva

restituita la pace e la tranquillità pei giorni pasquali; ma grande la preoccupazione di Ambrogio perchè non gli parevano cessate definitivamente le persecuzioni. Alla corte vi era chi soffiava nel fuoco e soprattutto chi richiedeva le più gravi misure contro Ambrogio siccome reo di maestà. Una parola dell' imperatore ai soldati era piena di minacce per lui. Egli aveva detto: se Ambrogio ve lo comandasse, voi mi consegnereste legato a lui. « Considera », scrive il vescovo alla sorella, « che cosa io mi debba aspettare dopo tali parole ». E, infatti, esse accennano ad una recisa imputazione di *perduellio*. Tutti si spaventarono, quando udirono tali espressioni; nè mancava a corte, come dice Ambrogio stesso, chi cercasse di inasprire. Lo chiamavano *tyrannus* (ribelle) e *plus quam tyrannus*. Un eunuco, maestro di camera, certo Calligono, incontratolo, gli disse: « Me vivo tu disprezzi Valentiniano? Ti taglio la testa! ». Queste parole ebbero una fiera risposta (c. 28): « Vuol dire che io soffrirò quello che s'addice di soffrire ai vescovi e tu farai opera degna di uno spadone ». Ma l aminaccia era seria. Antichissimo e non mai abbandonato era il principio che il *perduellis manifestus* potesse impunemente essere messo a morte da chicchessia. Se in tal caso, dice ancora nei Digesti (D. 11, 7, 35) Marcello, il figlio uccide il padre o il padre il figlio, non v'è delitto; ma, per unanime consenso, opera degna di premio.

VII.

Come tutti conoscono, le cose riuscirono meglio che non ci fosse allora argomento di sperare. Riuscirono meglio, nonostante le sempre nuove macchinazioni dello Pseudo-Aussenzio, i maneggi di corte, la nuova legge, di cui più volte è cenno negli scritti ambrosiani, che ammetteva gli ariani alle chiese cattoliche, interdicendo con pena capitale non solo la resistenza, ma anche la semplice oblazione di suppliche in contrario: v. l'epistola XXI *ad Valentinianum* e il discorso *contra Auxentium de basilicis tradendis*. Alla morte di Valentiniano Ambrogio potè tesserne l'elogio. Ma a noi basti avere contribuito in qualche parte alla illustrazione di quella lettera; con ciò crediamo aver fatto cosa nè inutile nè ingrata agli studiosi ammiratori del santo.

AVVERTENZA

La *multa* inflitta al “ *corpus mercatorum* „ è stata nel testo considerata come provvedimento amministrativo e disciplinare, anzichè come pena nel senso tecnico della parola. Infatti, mentre una persona giuridica, quale è un *collegium*, non può essere soggetta come tale a pena, perchè come tale non può delinquere (*quid enim municipes dolo facere possunt?* D. 4, 3, 15, 1), ben può essere assoggettata a provvedimenti di ordine politico o amministrativo. Quale esempio della prima maniera può ricordarsi il trattamento delle città ribelli; quale esempio della seconda, oltre l'attuale, qualche altra disposizione del diritto romano degli ultimi tempi. Se taluno dei *Fabricenses* vien meno alle norme disciplinari del suo ufficio, *quod ab uno committitur, id totius delinquitur periculo numeri, ut constricti nominationibus suis sociorum actibus quandam speculam gerant*: C. 11, 9, 5. Vedi anche per il *corpus naucleroru*m C. 11, 5, 6; sebbene qui siavi anche una ragione di risarcimento.

Sulla “lex romana utinensis„ (*).

Qualche contributo alla risoluzione dei molteplici problemi, che si riferiscono alle origini di questa legge, può forse arrecare la scoperta fatta recentemente dal dott. G. Mercati in un doppio foglio di un codice ignorato di essa, conservato insieme ad altre carte medievali nella Biblioteca del Capitolo di S. Ambrogio in Milano. Si tratta di un codice, cui la scrittura dimostra del secolo nono (come gli altri conosciuti) e di origine italiana [1]: pur troppo ignoriamo la provenienza di quel doppio foglio, che serviva probabilmente di riguardo a qualche manoscritto o fascio di carte. È però notevole che tutti gli indizii paleografici ci riconducano all' Italia, specialmente di fronte alla importanza che lo Zeumer [2] dà all' origine, vera o supposta degli altri codici. Anche la grafia è corretta e in ispecie i gruppi — tio — — tia — appaiono sempre conservati integri, e non v' ha traccia della pronuncia romanza — cio — — cia — quasi normalmente rappresentata nel codice sangallese. Il doppio foglio comprende il principio e la fine del quaderno *m* (segnatura in calce all' ultima pagina): il codice dunque comprendeva altre cose prima del nostro compendio. Le dimensioni sono 0,324 × 0,25: le linee sono 28 per pagina. Il primo foglio contiene il lib. IX C. Th. dalla fine del titolo IV al principio

---

(*) [In *Studi dedicati e offerti a F. Schupfer*, Torino, Bocca, 1898, II, pp. 113-116].

[1] Anche i fregi, le iniziali etc. Si avverta poi che nella citata biblioteca non si trovano che manoscritti e carte italiane.

[2] In PERTZ, *Leg.*, V, 296 sg.

del titolo XIII (che nel nostro codice è il XII perchè la costituzione che forma il titolo VI è inclusa nel V): il secondo comprende i libri XII-XIV e il principio del XV.

Il manoscritto contiene un testo generalmente molto corretto: anche le date sono talora più esatte che non negli altri manoscritti del nostro compendio: così 9, 8, 1 prid. id. mad.; 9, 10, 1 prid. Kl. novembre; 9, 5, 1 prid. nonos (sic) aprile. In altri luoghi la data diverge anche dalla tradizione del Codice teodosiano, come 9, 11 e 9, 13, 1. Alcune lezioni sono ottime. In 9, 11, 2, invece della lezione degli altri codici « de terra ambulantes », il nostro legge « iter ambulantes »: nello stesso capitolo vi ha « qui ibi occisus est », confermandosi così una congettura dello Zeumer. In 9, 13, 1 si legge « his qui per incantationes ». Nel complesso poi il nostro manoscritto conviene più di frequente nelle lezioni con quello udinese, che non con quello dell'abbazia di S. Gallo: talora però discorda da entrambi per accostarsi a quello di S. Maria. Tutto ciò apparirà dall'edizione prossima del doppio foglio con relativo saggio fotografico. Se noi teniamo conto della grafia sempre buona e italiana, verremo alla conseguenza che il nostro manoscritto rappresenta meglio di ogni altro la recensione originaria (essendo inaudito che la grafia costantemente corrotta si emendi costantemente nelle successive trascrizioni). Si potrebbe supporre che il codice udinese sia un rappresentante di un archetipo, passato poi in terra romanza, dove si ebbero riproduzioni colla grafia caratteristica locale.

RECENSIONI

CARLO TANZI, *La patria di Salvio Giuliano*. - Milano, 1886 (*).

L'egregio avv. B. Gabba con un articolo, inserito nella *Perseveranza* di Milano, aveva fin dall'anno scorso insistito perchè fra i nomi degli illustri milanesi da incidersi nel Famedio del Cimitero Monumentale non venisse dimenticato quello di Salvio Giuliano. Il Gabba risuscitava così un'antica opinione, da un pezzo rifiutata dalla critica, secondo cui da Milano sarebbe provenuto il più grande fra i giureconsulti di Roma (1). Quali fossero gli argomenti con cui si sosteneva tale tesi, è troppo noto ad ogni romanista, nè il Gabba ne aggiunge di nuovi. Per cui non riuscì difficile all'avv. Tanzi di confutare con altro articolo inserito nello stesso giornale la proposta del suo valente collega; questi replicò nuovamente, ma evidentemente con poco felice ispirazione. Gli argomenti del Gabba furono però in gran parte accettati dall'avv. Rosmini nella relazione, che egli, a nome del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, presentò in proposito al Sindaco di Milano. È contro questa relazione che si volge il Tanzi nell'opuscolo, di cui ci occupiamo. Il compito non gli dovette sicuramente riuscire arduo, dacchè egli solo mostra avere competenza in tali studi e conoscenza degli strumenti da adoperarsi; è però cosa che fa piacere quella di vedere un giureconsulto pratico nobilitare il suo esercizio con gli studi di giurisprudenza elegante e mostrarsi edotto delle ricerche odierne nostrali e straniere.

Il risultato, a cui il Tanzi perviene, è quello accolto oggidì comunemente: che cioè Giuliano discendesse dalla colonia di Adrumeto e fosse

(*) [In *Archivio giuridico*, 37, 1886, p. 157].

(1) Parlando della grandezza di Giuliano, gli egregi avversari hanno dimenticato i suoi meriti più eminenti, che non consistono tanto nel lavoro secondario della riforma edittale, quanto in tutto quel meraviglioso impulso da lui dato alle dottrine del diritto privato, che gli studi critici vanno oggidì sempre più illuminando.

bisavo materno dell' imperatore Didio Severo. Questo appare da una corretta interpretazione del c. 1 della vita di Didio scritta da Sparziano: passo che non offre nessuna difficoltà e non presenta alcun motivo intrinseco, perchè gli abbiamo a negar fede (1). Che tale testimonianza non venga infirmata dalle altre fonti, che a questo proposito peccano di confusione evidente, è cosa già da un pezzo saputa.

ENRICO BUHL, *Salvius Iulianus*. - I. Bd. - Heidelberg, 1886 (*).

Gli studi da qualche tempo intrapresi con novello fervore per mettere nel debito rilievo le singole individualità dei giureconsulti romani condussero necessariamente a giudizii ed apprezzamenti affatto diversi da quelli, che finora si erano mantenuti nella tradizione della scuola. Questa tradizione però non può avere gran valore, come taluni si ostinano tuttora ad affermare, quasi facendosene schermo contro la evidenza trionfante del vero; perchè in fondo essa riproduce il giudizio che della grande produzione letteraria della giurisprudenza romana avevano fatto ai tempi di Valentiniano III i romani volgenti a decadenza tenebrosa e inetti ad apprezzare la più fulgida delle loro glorie passate. Una malintesa riverenza ha trattenuto molti dall' opporre a così infondato giudizio l'esame spregiudicato e indipendente del valore dei singoli giureconsulti romani. Si aggiunge poi anche che ai nostri giorni soltanto fu dato applicare a quest' ordine di ricerche quei metodi severi, che la critica ha già sperimentato fruttuosi nello studio degli altri scrittori antichi. La differenza intima fra gli studi antichi e recenti si manifesta tosto a chi si faccia a confrontare, per es., il *Labeo* di Pernice e le note cuiaciane ai frammenti dei singoli giuristi. Il grande francese è più che altro inteso a ricavare le dottrine giuridiche da quei frammenti, che egli viene interpretando con sì larga dottrina e con sì grande acume; mentre l'odierno alemanno mira anzitutto a cogliere l' individualità dell' autore che egli studia, a scernere con severa e minuta analisi il patrimonio che la scienza aveva prima di esso e quello che per opera sua venne acquistando, l' influenza che egli ebbe nel foro e nella scuola, la potenzialità di svolgimento ch' ebbero gl' insegnamenti di lui.

Dicevo che i nuovi studi condussero a nuovi giudizii ed apprezzamenti: e per vero, mentre fino ai nostri giorni si poneva il fastigio della gurisprudenza romana là dove già rapida era cominciata la decadenza e si dicevano principi dei giureconsulti romani quelli che altro non fecero che compilare e tramandare le dottrine di un passato tramontato per sempre, ora si venne con più sicuro e più equo giudizio a discernere la creazione originale dalla compilazione, che suole susseguirla, ed a misurare la grandezza dei singoli giuristi non dalla quantità dei fram-

---

(1) Cfr. per es già il RUDORFF, *Röm. RG.*, I, 171.

(*) [In *Archivio giuridico,* 37, 1886, 324 sgg.].

menti a noi pervenuti, ma dalla loro potenza ed influenza, che si lascia tuttora ricercare per entro a quelle antiche scritture. Ed appena tale ricerca fu seriamente intrapresa, si potè non senza stupore osservare come tutte le linee principali della giurisprudenza romana facessero capo ad un uomo, di cui ora soltanto si poteva arguire l' autorità smisurata; si potè vedere come tutte le precipue dottrine del diritto privato giunte a lui ricevessero un impulso tutto nuovo, un ricco tesoro di applicazioni nuove, una forma più felice e sicura dalla mano oltrepotente di lui; e quest' uomo, a cui la giurisprudenza romana tutta converge, quest' uomo, l' opera del quale emerge così altamente su quella di tutti gli altri giureconsulti, fu Salvio Giuliano. Prima di lui si direbbe che la giurisprudenza è in una fase di preparazione, dopo di lui in una fase di riposo e di compimento e presto in una fase di decadenza completa [1].

Era ben degno argomento per un romanista quello di delineare così grande e cospicua figura e raccogliere con riverente amore le reliquie della sua scienza: questo argomento si propose il Prof. Enrico Buhl di Heidelberg, il quale, e per le sue ricerche già pubblicate nella *Ztschr. der Sav.-St.* e per le sue lezioni esegetiche intese appunto a fare spiccare i meriti individuali dei singoli giureconsulti, aveva per così ardua impresa una speciale competenza. Ed ora ci sta davanti il primo volume dell' opera sua, a cui devono seguire (ed è da sperare che seguano presto) altri due. Non si può negare che l' idea del lavoro dovette venire all' autore dall' esempio del *Labeo* di Pernice (lavoro insigne, di cui soltanto coloro che si sono provati in questo genere di ricerche possono apprezzare tutta l' importanza); e la stessa frequenza, con cui l' autore adduce quest' opera nelle sue citazioni, dimostra come l' avesse continuamente presente. Vi è però una notevole differenza fra i due lavori. Nell' opera del professore berlinese la figura di Labeone resta quasi assorbita nel quadro ampio, che l' autore delinea, della giurisprudenza anteriore e posteriore a lui. Solo a lettura finita, rimeditando le cose esposte, possiamo rappresentarci avanti alla mente quella personalità e l' opera sua. E non a torto l' autore pose come altro titolo, nel frontispizio dell' opera, " das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit ". Invece nel lavoro del Buhl tutto o quasi si riferisce direttamente (mi si conceda la frase) alla figura del suo protagonista, e ci vien detto senz' altro: " Su questa dottrina Giuliano ebbe le tali e tali idee; su questo argomento sappiamo aver detto Giuliano questo e questo ". Può sembrare che così lo scopo del libro venga meglio raggiunto e che l'attenzione del lettore, non deviata da altre figure secondarie, si riposi meglio sulla individualità che si vuole illustrare. Eppure io sono di contrario avviso. Mi pare che non sia completa la figura di un grande giurista, ove la si isoli da tutto l' ambiente che la circonda e non si metta in relazione l' opera sua con la giurisprudenza precedente e susseguente: e mi pare ancora che l'apprezzamento dei veri meriti di lui venga reso assai più difficile quando

---

[1] HOFMANN, *Krit. Stud.*, I; e ora LENEL, *Kr. Vierteljahreschrift*, 9, 161 sg.

manchino i termini di relazione. Non mi paiono all' uopo sufficienti i pochi cenni che qua e là porge l' autore. Bisogna, però, osservare che non era preparato il terreno. Manca ancora uno studio critico della giurisprudenza romana nella età traianea; e solo quando tale lavoro sarà compiuto, potremo volgerci a pienamente illustrare i fasti gloriosi del diritto romano sotto Adriano e gli Antonini. Gran lode va data all'autore per la rassegna quasi completa delle fonti, sicchè il suo libro diventerà un manuale assai prezioso all' esegeta, come pure per l' uso abbastanza largo fatto delle fonti greco-romane. A questo proposito però mi permetto un' osservazione (la quale del resto non si riferisce a questo libro solo). Perchè mai citandosi queste fonti, per es. i Basilici e gli scolii loro, non si fa alcuna distinzione di epoche e di autori? Non è cosa altamente riprovevole quella di citare senza alcuna differenza un brano, per es., di Doroteo o Taleleo coevi di Giustiniano, pieni ancora della tradizione scolastica, che conobbero le fonti nel loro stato genuino, che in parte furono tra i membri delle commissioni giustinianee, ed uno scolio per es. di Garida o di qualche altro nome ancora più oscuro degli ultimi tempi della decadenza bizantina? L' utilità delle fonti greco-romane è più grande di quello che comunemente s'inclina a pensare; ma — s' intenda bene — ove si usino con razionale discernimento.

L' introduzione di questo libro è dedicata a illustrare la vita e le opere di Salvio Giuliano. Essa comincia con un capitolo destinato a rappresentare le condizioni del periodo migliore della giurisprudenza romana e ad indagare le cagioni di così ampio sviluppo. Le considerazioni fatte dall' autore (concernenti l' indirizzo eminentemente pratico e severo del pensiero latino, la pace interna poco turbata nei primi tempi dell' impero e propizia agli studii, la ricca messe di osservazioni e sperienze che offrivano a quei giureconsulti i vasti e complicati rapporti giuridici in quello sterminato impero etc.) sono in gran parte già note; d' importanza speciale mi sembra però la sua osservazione non avere avuto poca influenza nel raggiungimento di tanta grandezza l' ossequio ragionevole e insieme riverente alla tradizione scientifica, non “ posta a repentaglio da una smania impaziente d' originalità „. L' arguto lettore, il quale ricordi non essere stato dissimile il segreto per cui poggiò sì alto l' arte antica, e che confronti ciò che avviene in tempi e paesi di nostra conoscenza, potrà vedere una malcelata ironia in quest'affermazione del valoroso alemanno. Il secondo capitolo si occupa delle notizie biografiche intorno a Salvio Giuliano. È abbastanza attendibile la notizia data nella *vita Didii*, ch' ei fosse di origine adrumetino (senz' alcun nuovo argomento si è oggidì richiamata in onore l' antica e già confutata opinione, ch' ei fosse milanese): da quelle terre africane vennero ai tempi dell' impero Apuleio e Celio Aureliano e Tertulliano e Cipriano ed Agostino. Riguardo al tempo della sua nascita regna molta incertezza. La più comune sentenza, appoggiandosi sulla Cronica di Gerolamo [1], che colloca nel 131-2

---

[1] SCHÖNE, II, 167.

la redazione giulianea dell'Editto, pone la nascita giulianea verso il 101-2, ammettendo che la redazione stessa avvenisse durante la pretura e che questa da lui si ricoprisse il più presto legalmente possibile. Il Buhl respinge queste combinazioni, sia per la loro poca intrinseca verosimiglianza, sia perchè quella notizia conservata da Gerolamo non è esatta.

Il Buhl ricorda ancora come nella vita dell'imperatore Didio (c. 1) si narri essere stato costui pronipote di Salvio Giuliano. Didio nacque, secondo le varie indicazioni degli storici, nel 133 o 137 d. Cr. Non si può a meno di ammettere che allora il nostro giureconsulto dovesse essere per lo meno quinquagenario. Ciò farebbe porre la sua nascita sotto l'impero di Vespasiano (69-79 d. C.). Da parte mia inclino io pure ad ammettere che Giuliano nascesse prima di quanto generalmente si stimi; poichè non trovo alcuna necessità di correggere 'proavus' in 'avus', seguendo il testo eutropiano (8, 9), che a questo punto versa in errore evidente, confondendo perfino la linea ascendentale paterna con la materna. Bisogna ad ogni modo ammettere che Giuliano avesse presto assai il dono di vedere la sua terza generazione, giacchè è noto avere egli vissuto abbastenza per essere in stretti rapporti con i *divi fratres*. Il console del 148 (C. I. L. VI, 375), fu secondo il Buhl, suo figlio. Ad ammettere coi più che si tratti del secondo consolato giulianeo osta la mancanza della cifra d'iterazione (1). L'affermazione del Buhl è però troppo assoluta; mentre invece niuna difficoltà s'oppone ad ammettere che il console del 175 (C. I. L., X, 7457) sia quel suo nipote Salvio Giuliano, di cui la citata vita di Didio attesta e l'esistenza ed il nome (2).

Che l'educazione di Giuliano, derivante da famiglia cospicua, dovesse essere compiuta, è facile a concedersi. Le voci greche addotte dal Buhl per provare la sua conoscenza del greco non sono certo sufficienti allo scopo: anche la citazione di Aristotele (D. 46, 3, 36) non prova molto, giacchè poteva venire anche per via indiretta a cognizione di Giuliano, nè poi mancavano le traduzioni latine. La conoscenza del greco si deve del resto supporre senz'altro in un uomo colto al tempo migliore dell'impero romano. Così pure io non inclino a dare grande importanza alle prove raccolte per dimostrare che s'occupasse di logica; del sorite si può discorrere anche senza essere " buon logico " ed il libro *de ambiguitatibus* poco serve al proposito. Tali ambiguità non si risolvevano solo con criteri grammaticali o logici; ma anche e principalmente con considerazioni di fatto e temperamenti di equità. Benissimo invece respinge il Buhl la vecchia dottrina, che fa senz'altro di Giuliano uno stoico, e ne confuta i debolissimi argomenti; più conveniente sarebbe forse stato non parlarne neppure.

---

(1) Questa potrebbe mancare per una svista, non inaudita certo, di scoltura. Il secondo consolato giulianeo è attestato nella vita di Didio, l. c.

(2) Forse figlio del giureconsulto è il Salvio Giuliano mentovato negli Atti dei fratelli Arvali, cfr. MOMMSEN, *Staatsr.*, 2, 1104 n.

Ci è all'incontro attestato da Giuliano medesimo (D. 40, 2, 5) essere stato Giavoleno suo " precettore „. In che senso deve assumersi questa parola? Il Buhl non può credere (1) che l'insigne giureconsulto, occupato in cariche diversissime, di molta importanza e gravissima responsabilità (C. I. L., III, 2864), trovasse il tempo e il modo d'impartire un insegnamento teorico di giurisprudenza. Egli ritiene più probabile che Giavoleno, comandando a Lambesa la 3ª legione, avesse occasione di conoscere il giovane africano e di apprezzarlo, e se lo tenesse quindi insieme come assessore. Da D. 46, 3, 36 combinato con D. 5, 4, 3 e 34, 5, 7 pr. risulterebbe che Giuliano non fissasse che tardi, sotto Adriano, il suo soggiorno in Roma (2). Tale combinazione è, ad ogni modo, più che mai incerta; che anche Giavoleno potesse tenere vere lezioni di diritto in Roma è cosa non del tutto inverosimile; fra i due giurecensulti non c'era sì grande differenza di età, che Giuliano non potesse essere stato discepolo di Giavoleno giovane ancora ed in principio di carriera. Dico questo anche perchè nulla ci obbliga a credere che i Salvii risiedessero ancora in Africa ai tempi del nostro giureconsulto, e poi perchè la parola " precettore „ mi sembra indicare un rapporto più speciale di quello intercedente in generale fra un alto magistrato ed un suo subalterno, ancorchè tale rapporto desse all'ultimo occasione di far tesoro della dottrina e della esperienza del primo. Riguardo poi alle cariche coperte da Giuliano, è attestato essere egli stato pretore, due volte console e prefetto della città; ma — quando non si ammetta che C. I. L. VI, 375 si riferisca al secondo consolato di lui — non veggo indizio veruno, che possa servire a stabilire le epoche di tali magistrature. In D. 40, 2, 5 si discorre della sua pretura e del suo consolato, e quel frammento appartiene al libro 42° dei Digesti, scritto certamente dopo il senatoconsulto Tertulliano. Ma incertissima è la data di questo; e poi non si può punto stabilire se Giuliano con le parole " et in consulatu meo „ alluda solo al primo dei suoi consolati (come vuole il B.) o ad entrambi, ciò che potrebbe essere benissimo. L'anno della morte di Giuliano è parimenti incerto; conobbe e fu anzi " amico „ di Marco Aurelio e Lucio Vero: un rescritto poi degli stessi *divi fratres* sembra accennare a lui morto (D. 37, 14, 17). La conoscenza coi *divi fratres* potrebbe essere quindi riferita anche soltanto agli anni antecedenti alla loro salita al trono.

Troppo poco si occupa l'autore della riforma giulianea dell'Editto. Una compiuta analisi critica di tutte le notizie che ci restano degli editti e dei commentarii loro anteriori a questa redazione ed il diligente confronto con questa non avrebbe dovuto mancare in un'opera intorno a Salvio Giuliano. Fra le tracce dell'opera innovatrice di Giuliano il B. respinge il passo D. 13, 6, 1, 1, dicendo che già più antichi giuristi si erano occupati del concetto di *commodare*. Ma non si vuol già dire che

---

(1) Cfr. invece il Bremer, *Rechtslehrer*, p. 48.

(2) Lo stesso Buhl ammette però che tale argomento non è " der zuverlässigste „.

la voce " commodare „ fosse prima della redazione giulianea inaudita; gli antichi giuristi (fra cui Cassio scrittore di ius civile) si occuparono appunto della distinzione fra la voce " commodare „ e l'*utendum dare* usato, a quanto sembra, nell'antica forma dell'Editto. Labeone inclinava a dare all'ultima frase un senso più ampio; Viviano invece non voleva vedervi distinzione alcuna [1]; Giuliano, riordinando l'Editto, prescelse la voce " commodare „ nel senso ristretto da Labeone accettato. Assai interessante sarebbe poi stato indagare quale e quanta deviazione nell'ordine degli argomenti offra la redazione giulianea in confronto delle anteriori.

Diligente è il § 3, dedicato ai rapporti fra Giuliano ed i suoi antecessori e contemporanei. Nella serie dei passi che provano l'accordo tra parecchie affermazioni di lui a quelle del suo maestro Giavoleno è bello mirare la gratitudine riverente di un ingegno così alto e potente. Del resto non tutti quegli accordi derivano direttamente dagli insegnamenti o dai libri di Giavoleno: la *statio* sabiniana, da cui pare che provenisse Giuliano (così anche il B., p. 35), manteneva probabilmente quella tradizione, di cui si trovano le reliquie presso di lui. Ma nè tali reliquie, nè quanto dice Pomponio, bastano a fare di lui un vero e proprio sabiniano. Anzi bisogna concedere che niun vincolo di scuola si trova nelle opere sue: gli si impone l'autorità di Labeone (il giureconsulto romano forse meno lontano dalla grandezza di lui) ed ammira Nerazio, uno dei più potenti fra i proculiani: i suoi contrasti con Celso non derivano da diversa tradizione di scuola, ma da diverse tendenze di due ingegni indipendenti ed elevati; anche l'accordo non è del resto infrequente fra loro. Gli è piuttosto che a quel tempo avventurato della giurisprudenza romana le scuole si distinguevano più di nome che di fatto; e solo qualche oscuro compilatore di provincia poteva avvertire con molta cura a delle controversie ormai torminate e assorbite dalla luce viva e feconda, che aveva avvolta la scienza. Il Buhl ha in gran parte visto tutto questo, e solo gli è mancato il coraggio di formulare nettamente il risultato che scaturisce chiaro dalle sue stesse ricerche. Va data lode al Buhl per la completa recensione da lui fatta degli scrittori citati nelle opere di Giuliano; non si deve però dubitare che molte di queste citazioni non sieno originali e dirette. Per es., le citazioni di Trebazio (D. 6, 1, 33. 18, 1, 45) si devono a Labeone; probabilmente anzi non è necessario risalire tant'oltre, e basterà fermarsi a Pomponio (' veriorem putat P. Trebatii opinionem ', ' quam sententiam et P. probat ') [2]. Una speciale attenzione dedica il B. a Nerazio, Celso figlio e Pomponio. Questi due ultimi furono ad un dipresso contemporanei di Giuliano; Nerazio avrà avuto assai probabilmente anche relazioni personali con lui, ma fu notevolmente più vecchio. Si sarebbe potuto avvertire come nelle loro diverse tendenze i pensieri

---

(1) Cfr. il nostro lavoro nei *Rend. Ist. Lomb.*, XIX, 1886, p. 741 sg. [*supra*, p. 77 sg.].

(2) Cfr. D. 17, 2, 63, 9. Vat. fr. 88.

di Giuliano, Celso e Pomponio si completassero reciprocamente, e si avesse così quell' incomparabile triumvirato dell' età adrianea, per opera del quale la giurisprudenza romana subisce una vasta e intensa trasformazione.

L' autore passa quindi in rassegna le opere di Giuliano, cominciando dalle minori. Riguardo ai libri *ex Minicio* egli è d' avviso trattarsi di un commento scritto alla raccolta di responsi di questo autore; il quale commento, pur non alterando il testo, aggiungeva ad esso responsi proprii di Giuliano, osservazioni critiche etc. Io stimo che il commento giulianeo non si estendesse a tutta l' opera commentata (come prova la lezione quasi costante: *libri ex Minicio*): difficile è poi accordare gli ἐξ βιβλία dell' indice fiorentino, che coincide con le iscrizioni dei frammenti, col passo di Ulpiano in D. 19, 1, 11, 15, che sembra discorrere di un libro 10° di Giuliano a Minicio. Qualunque giudizio si porti, è certo che quel passo ulpianeo è corrotto, come si prova e dal contesto e dalla frase molto sospetta " *apud* Minicium-ait „ (1). Io proporrei una emendazione, che mi pare assai semplice. Le parole *apud Minicium* sono verosimilmente state collocate fuori di posto e appartenevano in origine al § 14: " Cassius ait (apud Minicium) „ (2). La trasposizione potè avvenire tanto casualmente, quanto per opera di qualche *sciolus*, che si ricordava dei libri *ex Minicio* di Giuliano. Nè io potrei senz' altro ritenere che Giuliano conservasse sempre integro il testo commentato; molte volte mi sembra ch' egli invece trovasse opportuno epitomarlo. I casi frequenti, in cui per es. si dice " plerique responderunt „ o " a plerisque responsum est „ (3), fanno credere che realmente nel testo miniciano, secondo l' indole sua, i vari responsi fossero riferiti, mentre Giuliano s' accontentava di riassumere il parere prevalente nei respondenti. Lo stesso dicasi di espressioni, quali " Sabinum refertur existimasse, cuius sententiae Cassius quoque est „. Contro l' opinione della maggioranza il Buhl è d' avviso che il Minicio autore del testo commentato non si debba identificare col più noto L. Minicio Natale. La ragione sta in ciò, che Minicio sembra (4) essere stato discepolo di Sabino e quindi nato al più tardi verso il 40 d. Cr., mentre la brillante carriera militare e politica di L. Minicio Natale, attestata da numerose iscrizioni, si svolge in gran parte dopo il 109 d. Cr. (5). Tuttavia questo argomento non è perentorio; nel passo citato, anzichè

---

(1) Diverso " apud aliquem notare ". Le frasi " ait, inquit, scribit *apud aliquem* " si riferiscono almeno ordinariamente agli autori citati nel testo, non ai commentatori: cfr. il mio articolo su Plauzio nei *Rend. Ist. Lomb.*, 18, 1885, p. 901 [= *supra*, p. 20]. Esempi in contrasto isolati come D. 36, 1, 3, pr. sono per ciò solo sospetti e " scribit „ è verosimilmente posto in luogo di ' notat '.

(2) Cfr. per es. D. 40, 12, 30.

(3) D. 41, 4, 8. 17, 1, 33 etc.

(4) Cfr. D. 12, 1, 22.

(5) Cfr. anche il Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, I, 700.

di un' interrogazione teorica, quale può essere rivolta da scolaro a maestro, sembra essere parola di un consulto, quale potè essere chiesto a Sabino anche negli ultimi anni della sua vita, che probabilmente s' avvicinò al 70 d. Cr. (1).

Ai libri *ex Minicio* sono per molti capi analoghi i libri *ad Urseium.* Nelle Pandette gli estratti di queste due opere sono sempre collocati vicino; chi attentamente ne legga i frammenti rimasti s' accorge trattarsi di una collezione di responsi. Il B. veramente s' oppone a coloro (2) che accolgono tale opinione, dicendo che ai responsi contenuti in questa opera si aggiungono discussioni casistiche, per modo che il carattere del lavoro più si avvicina alla *Quästionenlitteratur.* Ma, pur osservando che la maggior parte delle volte tali discussioni critiche si devono a Giuliano anzichè all' autore commentato, non mi pare che questo possa mutare la specie del lavoro. I libri *quaestionum* contengono casi giuridici, veri o supposti, discussi a scopo meramente teorico; invece i libri *responsorum* registrano i responsi dati da uno o più giureconsulti a servizio immediato della pratica. Nulla impedisce che chi pubblica i responsi vi aggiunga delle digressioni, quali per es. troviamo nei libri *responsorum* di Papiniano. Questo doveva accadere più frequentemente in chi raccoglieva e coordinava responsi di autori diversi. In tal caso la casistica stessa poteva anche dipendere tutta *ex facto;* secondo che le varie fattispecie si erano ai varii rispondenti presentate. La quantità dei responsi addotti *sic et simpliciter* mostra del resto evidente il carattere del lavoro, e lo distingue bene dalla *Quästionenlitteratur.* Di Giuliano si avevano 4 libri *ad U. F.* Nella *Collatio* (12, 7, 9) Ulpiano dice: *libro X Urseius refert Sabinum respondisse.* Non è facile ammettere che Giuliano restringesse in 4 libri un' opera assai più vasta (tanto più che l' iscrizione costante suona "libri ad Urseium"); le ipotesi meno inverosimili sono che si tratti di un' opera diversa (la quale del resto poco s' accorda col contenuto della citazione) o che Giuliano non terminasse il suo commentario. A quale età appartiene Urseio? A me pare indizio importante l' espressione usata in D. 24, 3, 59 (Iul. ad Urs. 2): 'Sabinus dicebat'. Che da tale passo si deva dedurre un rapporto personale fra Sabino ed Urseio, come il B. vuole, non credo: tale notizia poteva derivare più facilmente, come gli infiniti esempi paralleli dimostrano, dalla tradizione scolastica o forense. Bensì da quel passo si deduce che, quando Urseio compose la sua collezione, Sabino era già morto ('S. *dicebat*'). L' opera di Urseio fu quindi pubblicata al più presto verso il 70 d. Cr. ed è chiaro che non potè facilmente essere commentata da G. Cassio, già console nel 30 d. C. e coevo all' incirca al suo maestro Sabino, al quale poco sopravvisse, essendo morto ai tempi di Vespasiano. Ciò si conferma nel vedere responsi cassiani regolarmente raccolti da Urseio: D. 7, 4, 10, 5, "Cassius

(1) Cfr. LANDUCCI, *Storia,* p. 140 n. L' opinione del KARLOWA è invece riprodotta dal COGLIOLO (in PADELLETTI, 436).

(2) Fra cui io stesso: *Ztschr. der Sav.-St.,* 7, 86 [= *supra,* 88].

apud Urseium scribit", si accorda — dopo le cose osservate più sopra — meravigliosamente con tutto questo. Il noto passo ulpianeo (D. 44, 5, 1, 10), *Cassius existimasse Urseium refert*, o va corretto coi più tramutando reciprocamente il nominativo e l'accusativo, o almeno non si riferisce punto all'opera, di cui parliamo, ma a qualche responso del giovane Urseio, per altra via venuto a notizia di Cassio. La prima alternativa è però di gran lunga più probabile. Da D. 24, 3, 59 parrebbe anzi risultare essere stato Cassio già morto, quando Urseio compilava il suo lavoro. È strano come il B. sostenga tutto al rovescio l'immediato rapporto fra Sabino ed Urseio ed il commento di Cassio su quest'ultimo. Io non avrei difficoltà alcuna ad ammettere che Urseio componesse l'opera sua al tempo di Traiano, quando tali collezioni erano specialmente di moda, e riferirei a lui stesso la citazione del responso di 'Priscus' in D. 39, 6, 20, sia questi Nerazio o Giavoleno. Il 'plerique responderunt' di quel frammento accenna infatti ai numerosi responsi da Urseio raccolti. Riguardo al libro *de ambiguitatibus*, io convengo pienamente col Buhl nell'ammettere che questo dovette essere uno dei primi lavori di Giuliano e non solo per quel fare scolastico, che qua e là si fa notevolmente sentire (D. 34, 5, 13); ma, e principalmente, poichè trovo che nei frammenti di esso Giuliano pende quasi esclusivamente dall'autorità altrui, egli che nelle altre opere è così originale pensatore:

D. 28, 6, 31 pr.: "placuit prudentibus".
D. 28, 6, 31, 1: "ita prudentes hoc interpretati sunt".
D. 32, 62: "respondit Servius".

Del resto, come già ho avvertito, non ritengo che qui Giuliano abbia seguito le tracce dei logici, e in ispecie degli stoici. Sebbene in un punto (D. 34, 5, 13, 3) paia ch'egli faccia qualche considerazione di logica, pure non è punto questo il carattere prevalente del libro; e tali osservazioni sono così ovvie, da non richiedere certo studi di logica assai profondi. È anzi caratteristico che nel § 6 ibid. l'autore, dopo aver indicato l'ambiguità nascente dall'espressione, soggiunga: "sed proclivior est sententia, testatoris (verba) sic esse interpretanda" etc.

Fra le opere di Giuliano il B. pone senz'altro i 9 libri *quaestionum* di Africano. E si può dire con ragione. L'opera di Giuliano è così prevalente in questo lavoro, da potersi ricondurre con sufficiente sicurezza a lui tutto quello che non derivi manifestamente da Africano. L'attenta lettura dei frammenti rimasti ed i Basilici ci avevano appreso questo da lungo tempo. Africano ha il merito di avere raccolto e conservato e riordinato così le discussioni orali del suo grande maestro, chè tali erano indubbiamente le "*quaestiones*". Il Buhl aveva già su quest'opera un bellissimo studio, pubblicato nel 2° volume della *Ztschr. d. Sav. St.*, del quale ora riassume i risultati principali. Con questi si può convenire interamente, ad eccezione di quanto concerne il sistema del lavoro. Non so comprendere come mai Africano dovesse scegliere una disposizione così poco conveniente, come il B. vorrebbe [1]. A me pare pur sempre

---

[1] p. 84 sg. Cfr. *Ztschr. der Sav.-St.*, 2, 193.

degna di nota o almeno di apposita confutazione la coincidenza sistematica vista dal Voigt [1] tra le questioni africanee ed il trattato di ius civile di Q. Mucio. Si dirà che noi non abbiamo notizie sufficienti su questo per istituire il paragone; ma le linee principali ci sono pur note, e queste confermano l'assunto voigtiano. Si dirà che bisogna, per ottenere un perfetto accordo, alterare sei iscrizioni; ma da una parte l'accordo sussisterebbe in complesso anche senza tale mutazione, e dall'altra c'è da fare le meraviglie che, trattandosi di un numero così grande di frammenti, occorra mutare così poco. Gli ultimi studi sull' Editto ci hanno insegnato come frequenti sieno gli errori nelle iscrizioni, e del resto in proposito si era già spiegato così bene il Bluhme. Finalmente dice il B. non potersi comprendere la scelta di un modello sì antiquato; ma io non posso a mia volta comprendere tale obbiezione nel B., il quale poche pagine avanti (p. 70) conviene col Mommsen [2] nel riconoscere " die stark hervortretende antiquarische Richtung des Juristen (Africanus) " [3].

Benissimo discorre il B. dei Digesti di Salvio Giuliano, ed io credo che si dovrà pur convenire con lui in quanto dice sulla natura e il contenuto di quest'opera. Che in essa sieno come fusi più elementi, è chiaro; che vi predominino le 'quaestiones', fu già da tempo avvertito. Il B. avrebbe potuto aggiungere alle sue prove i passi frequentissimi, in cui altri giuristi, citando i Digesti di Giuliano, usano la frase " *quaeritur* apud Iulianum ", per es. D. 16, 3, 1, 23. Il B. non accenna al dubbio già sollevato dal Mommsen [4], se i Digesti, nella forma in cui appaiono nei frammenti delle Pandette ed in cui furono noti a Paolo ed Ulpiano, sieno stati raccolti e pubblicati dallo stesso Giuliano. Egli avrà pensato essere sufficienti argomenti in contrario quelli non isfuggiti allo stesso Mommsen. Tuttavia l'esame della questione, in quanto concerne almeno gli ultimi libri [5], avrebbe meritato qualche parola [6]. Chè per questi manca un ordine certo e ritornano materie trattate già nei primi; pei quali invece la pubblicazione fatta dallo stesso autore è resa sommamente verosimile dalle acute osservazioni cronologiche di Ermanno Fitting.

Dopo notevoli osservazioni sull'indole degli scritti di Giuliano e sui loro caratteri principali, viene il B. a discorrere delle note, che sopra i

---

(1) *Memorie dell' Acc. di Lipsia*, Classe fil. stor., VII, p. 343 e tav. I^a^.

(2) *Ztschr. für Rechtsg.*, 9, 92 n.

(3) La citazione di Ulpiano (D. 30, 39 pr.) va spiegata indubbiamente col B. nel senso che Giuliano arrecasse (nei suoi Digesti) un passo del libro 20° epist. di Africano. Tale epistola sarà stata probabilmente indirizzata a Giuliano stesso.

(4) *Ztschr. der Sav.-St.*, 9, 88.

(5) Mommsen, loc. cit., p. 89.

(6) Queste parole erano scritte già nel settembre [1886] prima che apparisse l'ultimo fascicolo della *Ztschr. der Sav.-St.* [7, 2. p. 94 sgg.] contenente il nuovo articolo di P. Krueger sul sistema dei Digesti. Or non è questo il luogo di riassumere quelle interessanti osservazioni, che modificano alquanto le cose dette nel testo. Rimando senz' altro ad esse il lettore.

Digesti di lui scrissero Mauriciano, Marcello, Scevola e Paolo. È noto come recentemente il Karlowa (1) abbia posto in dubbio l'esistenza delle note di Mauriciano. A me pare col B. che questa si possa difficilmente negare. La congiunzione di Mauriciano e Marcello in D. 7, 1, 25, 1 è un fortissimo argomento per l'opinione dominante: il contrapporsi più volte di Mauriciano a Giuliano (2) non può quasi spiegarsi altrimenti, trattandosi di un autore che del resto non è di frequente citato e del quale non ci è noto che esistesse altr'opera, a cui tali citazioni possano convenire. Una questione assai interessante è quella che concerne il rapporto fra i testi di Giuliano e le note di Marcello. Essa è troppo importante sia per la storia che per la dommatica del diritto romano, perchè si possa trattare così di passaggio; e ben merita d'essere approfondita in una apposita monografia. Mi sembra però che si possa mantenere salda l'opinione del Pernice (3), a cui il B. non crede di poter accedere, che in generale Marcello tentasse di limitare la portata delle innovazioni giulianee (4). Si confrontino intanto passi come i seguenti: D. 49, 15, 12, 2 (cfr. 41, 3, 15 pr.). 4, 4, 11, 4-5. 43, 25, 1, 4 (cfr. 7, 6, 1 pr.). 28, 7, 4 pr. 34, 3, 5, 2. 48, 10, 14, 1; e si vedrà come Marcello abbia lasciato cadere alcune idee nuove, forse feconde, di Giuliano, od abbia negletto l'esempio di una libera e sicura applicazione di regole giuridiche. In altre note invece Marcello non fa che ricordare le eccezioni delle regole poste da Giuliano e criticarne l'espressione (per es. D. 13, 6, 19, cfr. 19, 2, 41. 16, 3, 1, 22. 15, 1, 16) ed in queste note, che somigliano molto a quelle scritte da Paolo ai *Pithana* labeoniani, arriva talora a mere sottigliezze pedanti (D. 31, 82, 2). Con ciò non si vuole negare che nelle note marcelliane si trovi spesso una sana critica e talora anche vi si riscontrino progressi (cfr. per es. D. 28, 5, 38, 5. 30, 92 pr. etc.). Invece niuna conchiusione si può (per la scarsità dei materiali) ricavare intorno alle note scevoliane. Quelle di Paolo non hanno una straordinaria importanza.

L'introduzione si chiude opportunamente con un chiaro specchio dell'autorità goduta da Giuliano presso i giureconsulti coetanei e posteriori, come pure sull'influenza che le sue dottrine esercitarono sulla legislazione imperiale.

Più brevemente intendiamo occuparci della seconda parte del volume, la quale, dopo alcune brevi osservazioni sulle dottrine di Giuliano intorno alle fonti del diritto obbiettivo, s'accupa della teoria delle persone, quale fu trattata da lui. I capitoli interessanti sulla origine della personalità e sull'influenza delle diversità naturali danno una chiara idea delle dottrine giulianee; nel complesso però insegnano poco di nuovo dopo quanto ci fu appreso dal Pernice nel suo *Labeo*. Anzi l'autore avrebbe forse qua e là dovuto esaminare più da vicino gli argomenti, coi quali il pro-

---

(1) *Röm. Rechtsg.*, I, 711.

(2) Cfr. anche i passi citati dal B., p. 114, n. 5.

(3) In HOLTZENDORFF, *Enc.*, I⁴, 141.

(4) Cfr. *Ztschr. der Sav.-St.*, RA., 7, 2, p. 152.

fessore berlinese ascrive a Salvio Giuliano ora una nuova dottrina, ora la formola di un principio o il suo definitivo riconoscimento. Qualche maggiore attenzione rivolta alle fonti bizantine avrebbe pur anche servito a colorire qua e là meglio il suo quadro. Così, per es., ove si parla (p. 174) della probabilità che Giuliano si valesse del sofisma, che il *pater furiosus* non potesse " dissentire ", per agevolare il matrimonio dei figli, e delle opinioni manifestate in proposito da altri giuristi romani, non sarebbe stato fuor di luogo l' arrecare un pezzo dell' antica tradizione scolastica romana conservatoci dallo Pseudo-Teofilo (1, 10 pr.): εἰ μὲν εἴπωμεν συναίνεσιν εἶναι τὸ λέγειν ἰδικῶς τὸν πατέρα ὅτι ἀρέσκομαι τῷ γινομένῳ, καὶ τὴν τοιαύτην ἐπὶ τοῦ μαινομένου γίνεσθαι συναίνεσιν ὁ νόμος οὐ συγχωρεῖ. εἰ δὲ δεξώμεθα συναίνεσιν εἶναι τὸ ὁρῶντα τὸν πατέρα μὴ ἀντιλέγειν τῷ πραττομένῳ, ἀκωλύτως ὁ γάμος προβήσεται. ἀλλ' οὐκ ἔστι τοῦτο ἀληθές. ὁ γὰρ μαινόμενος σιωπῶν οὐ συναινεῖ· ἐκεῖνος γὰρ σιωπῶν συναινεῖ, ὃς αἰσθανόμενος τοῦ γινομένου ἐναντιοῦσθαι δύναται, εἰ μὴ ἀρέσκηται τούτῳ. ὁ δὲ μεμηνὼς σιωπᾷ νικώμενος ὑπὸ τοῦ πάθους, οὐχ ἡδόμενος τῷ γάμῳ. ἐπειδὴ οὖν κ. τ. λ. In questo passo generalmente trascurato è vivo ancora il ricordo delle antiche controversie, conservate probabilmente per mezzo degli antichi commenti scolastici al testo di Gaio. A proposito della *capitis deminutio,* si sarebbe desiderato un breve saggio critico sui due sistemi dicotomico e tricotomico e sulla via tenuta in proposito da Giuliano. Alcune parole spende opportunamente il Buhl sull' antinomia che pare sussistere fra D. 46, 3, 38 pr. e 45, 1, 56, 2: questione esegetica assai grave poichè, se il secondo passo è di Giuliano, il primo è tolto dal libro VII delle Questioni africanee, vale a dire riproduce secondo ogni verosimiglianza una opinione del medesimo giureconsulto. Egli respinge [1] i tentativi del Cuiacio e del Donello e fa bene [2], e scioglie la difficoltà col richiamare la attenzione " auf eine verschiedene Absicht beim Vertragsabschlusse ": la qual via, che può tenersi con buon successo in molte altre questioni esegetiche, mi pare bene scelta [3]. Trattando dell' origine della schiavitù, assai bene fa il B. risaltare la speciale opinione di Giuliano sul titolo d' usucapione del parto della schiava posseduta (cfr. D. 6, 2, 11, 4. 41, 3, 33: contra Paul., D. 41, 10, 2): il fr. 33 *de usurp.* (41, 3) non contiene una conseguenza che sia poco in armonia con quella premessa, ove, come benissimo il B. fa osservare, il frammento si interpreti secondo la sua fattispecie, che è quella di un' ancella furtiva.

Alla dottrina della schiavitù fa seguito quella del postliminio. Il B. ricorda, pur non accedendovi, l' opinione del Mommsen [4], secondo la quale la perdita della libertà, che subiva nel diventare prigioniero dei nemici il cittadino romano, era semplicemente di fatto, cosicchè il captivo

---

[1] p. 182.

[2] v. però a p. 81, n. 1.

[3] Così, per es., va sciolta l' apparente antinomia fra D. 36, 1, 10 e C. 6, 42, 12. Cfr. ora lo SCIALOJA, *Foro Abruzzese,* 1886.

[4] *Festgabe für Beseler,* p. 256 sg.

rimaneva potenzialmente libero avanti al diritto romano. In verità questo principio dovette essere quello che imperava nell'antico diritto, e solo coll'aiuto di esso si spiega la maggior parte degli effetti del postliminio. Ma è curioso che il B. non faccia menzione del Voigt, il quale in uno dei migliori capitoli delle “Dodici tavole” (II, 21 sg.) ha dimostrato questo in modo irrefutabile, insegnando fra le altre cose come il ‘postliminium’ e la ‘capitis deminutio’ si escludano a vicenda. È desiderabile che sulla scorta di queste idee venga ripreso lo studio di un così interessante istituto e si ripari alle troppo grandi lacune e imperfezioni delle due monografie del Bechmann e dello Hase. Intanto però notiamo come anche il B. avrebbe potuto trarre sussidio dalle indagini del suo concittadino. Nella stessa materia, parlando del dubbio espresso da Gaio (1, 129), tace di un interessante ragguaglio che ne porge lo Pseudo-Teofilo in un passo, che si rannoda con tutta evidenza, come si prova anche dal silenzio delle Istituzioni, agli antichi commenti a Gaio, e mostra come quel dubbio risolveva la tradizione scolastica (1, 12, 5): più cioè con riflessioni pratiche, che non con argomenti teoretici [1]. Il lavoro termina con belle ricerche sulla “patria potestà” e sulla “tutela”.

Le cose dette basteranno a fare comprendere al lettore l'importanza di questa nuova opera, la quale non potrà trascurarsi da alcuno, che voglia, sia come dommatico, sia come storico, trattare argomenti di diritto privato romano. A noi non rimane che augurarci che la continuazione non abbia a farsi molto aspettare.

PIETRO ROSSI, *Dell'autorità dei responsa prudentium*. - Siena, 1886 (*).

L'autore tratta in forma breve e chiara le questioni principali relative a questo tema così arduo. È un argomento che merita tutta l'attenzione del romanista e va data lode al Rossi per averne fatto oggetto di una trattazione speciale. L'autore mi concederà che, esponendo brevemente il contenuto del suo lavoro, io manifesti i miei dubbi e faccia qualche osservazione.

Nella storia dei *responsa* l'autore distingue 4 periodi: il primo si estende a tutta l'età repubblicana; il secondo va da Augusto ad Adriano; il terzo da Adriano a Costantino; il quarto da Costantino a Giustiniano.

Riguardo al primo periodo egli afferma (e niuno certo gli vorrà dar torto) che in esso l'autorità dei *responsa* fu solamente morale. Il giudice soleva tener in gran conto i responsi dei più reputati consulenti, senza però essere punto obbligato a seguirli. Le difficoltà, invece, cominciano tosto col secondo periodo: è anzitutto necessario chiarire quale fosse

---

(1) Il BROKATE, *De Theophilinae quae fertur Paraphraseos compositione*, p. 25 e p. 137, non aveva la sufficiente preparazione per apprezzare degnamente quel passo.

(*) [In *Archivio giuridico*, 37, 1886, pp. 157-160].

l'indole e la portata di quella riforma di Augusto, della quale tocca Pomponio (D. 1, 2, 2, 47). L'autore veramente è tratto dal successivo § 48 a sospettare che questa notizia pomponiana sia poco attendibile. Ivi si legge: " *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit* ". Come mai, se il *ius publice respondendi* fu innovazione augustea, lo troviamo applicato per la prima volta ad un giureconsulto, che fiorì sotto Tiberio? L'autore dichiara che questa contraddizione toglie molta fede a Pomponio, talchè non si potrebbe dire di certo se Augusto o Tiberio fosse l'autore di tal privilegio. Il Rossi ha ragione, se non si dichiara contento di alcuna delle stentate spiegazioni, ch'egli riferisce, intese a ristabilire armonia di concetto fra i due paragrafi; ma non so come gli sia sfuggita la congettura assai probabile, che piacque anche al Mommsen, secondo la quale si rigetterebbero come insulsa interpolazione di copista o di correttore le voci *fuit et* e si leggerebbe:

" Massurius Sabinus in equesri ordine publice primus respondit ".

Che Masurio Sabino avesse, primo fra i cavalieri, ottenuto tale privilegio, è cosa ben probabile e rispondente allo spirito di favore, con cui l'*ordo equestris* fu trattato da Tiberio. Del resto, i più noti rispondenti del primo secolo sono quasi tutti uomini consolari e scelti anzi fra le più alti classi sociali.

Sono pienamente d'accordo col Rossi, ove dice che la concessione di questo diritto ad alcuni giureconsulti non togliesse agli altri la facoltà di dare responsi. In che cosa allora consisteva questo privilegio? Secondo il Rossi sarebbe consistito soltanto in una cotale maggiore autorità (senza però forza obbligatoria) che avevano i responsi dei consulenti patentati. Io non posso dividere questa opinione. Pomponio dice chiaro che questo privilegio consisteva nella facoltâ di " respondere ex auctoritate principis ", ossia, assumendo *auctoritas* nel suo significato normale, " sopra garanzia del Principe ". I responsi di questi giuristi, di cui il Principe si faceva garante, dovevano equivalere a quelli, che avesse emanato il Principe stesso [1]. E tanto basta per persuadersi che nell'intenzione del Principe dovessero valere come obbligatorii. Si eccettua per necessità di cose il caso, in cui ambo le parti in causa potessero presentare ciascuna un responso in proprio favore emanato da un giureconsulto patentato.

Avrei avuto piacere che il Rossi avesse tenuto conto della ricca letteratura di responsi sotto Traiano. Basti citare le collezioni di Plauzio, Urseio Feroce, Minicio Natale, Prisco Nerazio [2]. Queste collezioni coeve

---

[1] I rescritti dei primi imperatori altro non erano che responsi. Questo fu lucidamente affermato dal Pernice nel suo lavoro nel " *Festgabe für Beseler* ", riportato anche in questo *Archivio*. Il Rossi avrebbe fatto bene a tener conto del parallelo istituito fra i rescritti dei primi tempi e i responsi dal valoroso critico tedesco.

[2] V. le mie osservazioni nello studio su Plauzio (*Rend. Ist. Lomb.*, 18, 1885, p. 900 sgg. [= *supra*, 19 sgg.]) ed in quello sopra Atilicino (*Ztschr. der Sav.-St.*, RA., 7, 1, p. 85 sgg. [= *supra*, 87 sgg.]).

di responsi appartenenti ai precipui respondenti (certamente patentati) dimostrano che nella pratica avevano per consuetudine acquistato autorità pari anche i responsi non dati espressamente per una causa, purchè non vi si contrapponessero altri responsi di giuristi ugualmente patentati. E tale prassi ci attesta realmente Gaio, aggiungendo che fu confermata da un rescritto dell'imperatore Adriano (1). Sicchè io, anzichè far cominciare da questo rescritto un'epoca nuova nella storia del nostro istituto, non vi vedrei che la conferma di uno stato di cose, che rimonta sicuramente almeno ai principii dell'impero di Traiano.

Vi è, a dir vero, un passo (2), in cui l'autore sembra accennare in genere alle forme letterarie che più erano in stretta attinenza col "ius publice respondendi"; ma ivi pur troppo egli mette insieme ai libri *responsorum* i libri *quaestionum*, in cui, com'è noto, si dilucidavano a scopo meramente teoretico (3) casi giuridici veri o supposti (e nei quali solo per *incidens* si poteva ricordare qualche responso) ed i libri *epistularum*, di cui la natura strettamente dottrinaria fu posta benissimo in evidenza dal Pernice (4), dal Mommsen (5) e soprattutto dal Buhl (6). Questa confusione fu veramente fatale pel Rossi. Chè da una parte egli accoglie la opinione doversi ai tempi di Adriano intendere per "responsa prudentium" l'avviso di essi in qualsiasi forma e circostanza manifestato; dall'altra egli adduce esempi di "quaestiones" (dibattiti scolastici), scambiandoli per vere controversie forensi e traendone conchiusioni inaccettabili (p. 35). Dopo le ricerche di Bremer, Buhl e Mommsen tali passi non si possono più arrecare all'uopo.

Quando cessò il *ius ex auctoritate principis respondendi?* L'autore osserva benissimo come esso non potè più essere compatibile coll'indirizzo nuovo dato all'impero da Diocleziano (7). E già prima dovette cessare per l'inaridirsi delle forze vive della giurisprudenza. È antica questione se con questa cessazione del *ius respondendi* stiano in qualche rapporto l'autorità legale, che acquistano nei giudizii le opere di taluni autori, e le leggi di citazione, che intervengono a regolarla. Il Rossi si oppone alle esage-

---

(1) 1, 7: idque *rescripto* divi Hadriani significatur. Un rescritto non soleva, specialmente al tempo di Adriano, introdurre cose nuove.

(2) p. 33.

(3) Ciò non toglie che poi in fatto i libri "quaestionum", come quelli che contenevano la discussione di moltissimi atti giuridici fossero graditi molto anche ai pratici ed anzi predominassero nelle scuole (come la scevoliana e la papinianea) aventi un indirizzo pratico più spiccato.

(4) *M. A. Labeo,* I, p. 64-65.

(5) *Ztschr. f. Rechtsg.*, IX, p. 94 sgg.

(6) *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., II, p. 182 sgg.

(7) Opportunamente ricorda l'autore (p. 74), seguendo il PUCHTA, che l'Innocenzio, di cui parla Eunapio, non potè avere da Costantino il "ius respondendi". Da parte mia sono molto disposto a negare fede a questa notizia di Eunapio, nel senso almeno che probabilmente essa riposa sopra qualche equivoco.

razioni del Puchta; ma non si oppone punto ad ammettere che vi sia tra l'uno e l'altro fatto un diretto rapporto storico. Questa opinione da lui accettata si connette prettamente con l'altra, per cui non solo i *responsa* dei giuristi patentati, ma tutte le loro opinioni, in qualsiasi modo e forma manifestate, dovessero avere autorità dalla patente imperiale. Per chi invece non ammette questa sentenza (che a ben vedere non si appoggia a verun testo ed anzi contraddice alle testimonianze più aperte), un necessario rapporto storico tra quei due fatti non esiste punto. Cessata ogni vita della giurisprudenza, si dovette sentire il bisogno di testi che contenessero la risoluzione dei più frequenti casi giuridici e fossero facili a consultarsi. Così alcuni autori acquistarono per l'uso autorità indiscussa nel foro. Dopo Papiniano, il pratico acutissimo, vennero gli scritti di Ulpiano, Paolo e Modestino. Nei loro libri *ad Sabinum* e *ad Edictum* i primi due avevano raccolto il *ius civile* e l'*honorarium*, trattandoli con grande ampiezza; le monografie minori dirette tutte quasi a scopo pratico si trovarono utili assai; e, se nei tribunali di provincia le sentenze di Paolo divennero quasi il codice unico, i libri *de officio proconsulis* di Ulpiano divennero la norma per le questioni amministrative e criminali. A Modestino giovò l'esser venuto per ultimo e l'avere usato il greco. In questo tempo, in cui non l'originalità efficace del pensiero, ma la facilità e la comodità delle citazioni avevano la preferenza, le nitide compilazioni di Gaio (giureconsulto prima quasi ignorato in Occidente) cominciarono ad essere usate nel foro, ed in ciò deve vedersi indubbiamente l'influenza delle scuole e dei tribunali d'Oriente. La legge di citazione di Valentiniano III e Teodosio II riconosce espressamente questa prassi. È oziosa la questione se questa legge restrinse od allargò l'uso delle fonti; essa non fece che riconoscere ciò che già era nell'uso. Per evitare, però, che qualche avvocato imbrogliasse il giudice magari con una citazione di Alfeno Varo o di Aulo Cascellio (e che ciò avvenisse attesta Ammiano Marcellino) [1], gl'imperatori prescrissero che nium altro giurista si dovesse citare tranne che quei cinque; e che si potessero addurre le sentenze di altri autori nelle opere di essi riferite, sol quando si controllassero col confronto dell'opera genuina. Quest'ultima opinione è in sostanza quella accolta dall'autore ed è indubbiamente la vera.

L'autore, che ha fatto uno studio diligente di un argomento tanto difficile, vorrà — lo spero — rifonderlo in un lavoro più vasto ed originale. Sarebbe un vero servizio reso agli studi nostri.

---

(1) Difatti niuna legge aveva fino allora ristretto l'uso delle opere giuridiche; ma solo la consuetudine forense. Lieve gioco era quindi inventare citazioni, che il giudice non poteva riscontrare. Un avvocato di mia conoscenza continuò per lunghi anni a inventare testi di leggi romane e — questo mi rincresce a soggiungerlo — la sua frode non fu così tosto scoperta. Immaginiamoci ai tempi di Valentiniano III!

EMILIO COSTA, *Papiniano*. - Bologna, Zanichelli, voll. I e II, 1894 (*).

Sono apparsi i due primi volumi di quest'opera a cui l'egregio autore si è accinto dopo una larga e coscienziosa preparazione. L'opera fa veramente onore agli studi nostri e alla scuola italiana; l'argomento alto e degno ha felicemente ispirato l'ottimo professore di Bologna. Da parecchi anni si vanno studiando con cura e con metodo critico le precipue figure dei giureconsulti romani; Papiniano, che eccelle mirabilmente in quella schiera onoranda e che anche presso i profani personifica la giurisprudenza romana, non aveva ancora avuto nei tempi moderni chi ne illustrasse con apposita monografia le opere e le dottrine. Naturalmente non parliamo che di lavori serii; giacchè di qualche pubblicazione in proposito (purtroppo italiana!) è prudenza tacere.

Il primo volume tratta della vita e delle opere di Papiniano. Dopo avere con diligente uso di tutte le fonti e con tutti i sussidi della critica moderna fissate le notizie più attendibili circa la biografia papinianea, il Costa esamina in separati capitoli quanto ci è pervenuto delle opere sue o nelle Pandette o nelle collezioni giuridiche pregiustinianee o pel tramite delle citazioni negli altri giuristi e nelle costituzioni imperiali o anche (in ben scarsa quantità) direttamente. Questi capitoli non costituiscono un arido elenco; ma contengono notevoli osservazioni sia circa le parti delle opere papinianee che risultano più importanti pel loro contenuto, sia circa l'uso di Papiniano da parte degli altri giuristi, sia circa il metodo vario delle citazioni. Al quale proposito io mi sono compiaciuto nel vedere quanto acutamente il Costa abbia rilevato il carattere delle citazioni papinianee in Marciano, porgendo così un nuovo conforto alla tesi, altrove da me sostenuta, sulla rivendicazione a tale giurista di non pochi brani delle Istituzioni imperiali, che appunto contengono siffatte citazioni.

Là dove l'autore discorre dello scarso uso di Papiniano nell'età della decadenza, avrebbe potuto anche notare che nei frammenti sinaitici, pur così ricchi di citazioni di giureconsulti classici, non se ne trova alcuna di Papiniano, mentre gli argomenti, cui essi si riferiscono, sono tra quelli che sembrano essere stati da Papiniano più largamente e profondamente trattati.

Comincia, quindi, l'esame delle opere papinianee. Le principali sono, ognuno sa, i *responsa* e le *quaestiones*. Esse vengono dal Costa messe in raffronto con gli scritti analoghi degli altri giuristi, per così meglio stabilirne i caratteri speciali. La sua trattazione qui si allarga e riesce (non senza opportunità) una vera storia di tali forme di letteratura giuridica in Roma. Appunto perciò avrei desiderato che sulle collezioni di responsi dei giuristi repubblicani si fosse trattenuto più di proposito; non è, per esempio, esatto che i Digesti di Alfeno fossero sostanzialmente una collezione di responsi " comunque non essenzialmente pratici, ma sì

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, VII, 1895, pp. 308-312].

piuttosto teoretici ". Anzi i responsi veri e proprii, dati dal giurista al cliente che lo consulta, prevalgono in essa come generalmente nelle opere dei giuristi romani.

Il distacco fra i primi otto libri dei responsi e i successivi era già stato avvertito, ma ora il Costa aggiunge nuove osservazioni e cerca di dedurre da tal fatto alcune nuove conclusioni sul rapporto cronologico dei *responsa* e delle *quaestiones*, che mi sembrano accettabili.

Buona è pure l'illustrazione delle opere minori di Papiniano. Giustamente egli riferisce il libro sugli uffici dell'astinomico ad una magistratura municipale; nè la sua opinione, che questo libretto fosse cronologicamente la prima pubblicazione di Papiniano, parmi da negligere.

Un capitolo è consacrato allo studio della prevalenza dei *responsa* sulle *quaestiones* nell'età pregiustinianea: le tracce di siffatta prevalenza si riscontrano tuttora nelle Pandette, nonostante la cura di Giustiniano per far attribuire anche alle ultime la dovuta importanza. Di tutto ciò il Costa indaga le ragioni.

Di grande interesse è il capitolo sulla lingua di Papiniano. Come bene avverte il Costa, lo studio della lingua papinianea non solo occorre per comprendere nel miglior modo possibile tutta la individualità del grande giureconsulto, ma anche per discernere nei frammenti di lui le aggiunte dei compilatori. Inoltre la questione stessa dell'origine di Papiniano si riconnette a tale studio, dal momento che il Kalb con grande dottrina e con sottilissimi raffronti ha cercato di provare che la lingua di lui ne rivela la africità. Il Costa veramente, attenendosi alle conclusioni del Kübler e dello Schulze, non ritiene bastanti gli indizii raccolti; il che non toglie che gli studii del Kalb, proseguiti poi con diligenza e sagacia dal Leipold, abbiano portato alla conoscenza dell'argomento un largo ed efficace contributo. In questo capitolo poco avrei da notare. Il Costa, seguendo il Gradenwitz, ritiene interpolato il *praesumere* nei due noti passi di Papiniano; ma io confido di aver dimostrato (e mi conforta l'assentimento dello stesso Gradenwitz) il contrario. *Desire* (p. 316) è certo duplice errore di stampa.

Segue un capitolo sulle *notae* di Paolo e Ulpiano, che dimostra non essere state (almeno prevalentemente) di carattere critico; esse tendevano piuttosto a illustrare e a completare il pensiero del maestro.

Termina il volume con uno studio sugli epiteti elogistici dati a Papiniano nelle costituzioni imperiali.

In questo bello e utilissimo volume io avrei desiderato che l'egregio Costa avesse trattato qualche altro argomento; e gli sottopongo il mio desiderio, affinchè, se non lo trova inopportuno, lo possa soddisfare in qualche appendice al suo lavoro. Un capitolo generale sulle idee di Papiniano intorno agli uffici del diritto e ai suoi rapporti con l'etica avrebbe avuto qui la sua sede migliore. Nel secondo volume il Costa tratta incidentalmente qualche parte di questo tema; ma una indagine generale e completa avrebbe giovato. Essa gli avrebbe ancora porto il destro di studiare il problema, che io considero sempre aperto, se e quanto le idee cristiane abbiano influito sulle dottrine papinianee: qualche raffronto su

certe notevoli singolari espressioni del giurista e il linguaggio degli scrittori cristiani coevi potrebbero forse dar luce.

Un altro capitolo dovrebbe scriversi sulle fonti di Papiniano; quali furono, quali dirette e quali indirette; come si comportò il giurista di fronte ad esse, e, soprattutto, quale fu il suo atteggiamento rispetto alle dottrine di Giuliano: ecco una serie di importanti quesiti.

E finalmente un capitolo su i seguaci di Papiniano avrebbe pure servito a compiere l'esame generale su la sua attività letteraria. Allo spirito suo sembra informarsi soprattutto Paolo: in quale misura, in quali opere specialmente, è questione degnissima di studio.

Il secondo volume comincia l'analisi delle singole dottrine giuridiche in Papiniano ed è dedicato allo *status personae* considerato rispetto alla libertà, alla cittadinanza, alla famiglia. L'esame è ben condotto e si distingue accuratamente il caso, in cui Papiniano non fa che introdurre il diritto vigente, da quello in cui ne tenta nuove e geniali applicazioni, e soprattutto da quello in cui procura di introdurre qualche importante innovazione. Completa è la raccolta dei materiali, su cui il Costa lavora. Risulta così efficacemente quanto Papiniano siasi adoperato verso la nuova tendenza a riconoscere i vincoli di natura e la dignità umana in ogni individuo, preparando così la riforma avvenire. E nel tempo stesso ci viene offerto un imitabile esempio della storia dei dogmi giuridici.

Opportunamente il Costa nel trattare della posizione del singolo di fronte alla famiglia, e specialmente nello studiare le vicende intime dell'istituto della patria potestà, si è giovato di molti testi attinenti alla sostituzione pupillare, rifondendo le sue buone ricerche già pubblicate nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano* (vol. VI).

Ecco alcune lievi osservazioni, che mi occorrono sulle materie trattate in questo volume. La *lex Fufia Caninia* avrebbe, secondo il Costa, prescritto che le manumissioni testamentarie dovessero, per esser valide, farsi nominative. Tale sembra per vero essere stata la disposizione legislativa, secondo la relazione di Ulpiano; ma chi ben consideri la più esatta esposizione di Gaio si convince che il legislatore ha ordinato la nullità delle manumissioni testamentarie, quando il numero complessivo di esse superasse il *maximum* tollerato e (mancando ogni altro elemento di scelta) venisse meno anche l'ordine dei nomi. Tale interpretazione, l'unica conforme allo spirito della legge, si conferma col confronto di vari testi delle Pandette.

L'origine del divieto delle donazioni fra coniugi, quale è accennata dal Costa (p. 121), mi pare assai dubbia. Avrei voluto vedere ivi ricordato l'Alibrandi.

A p. 121 si sarebbe meglio evitata l'espressione " condizione impostagli ".

Ho voluto arrecare qualche esempio di dissenso fra me e l'autore per mostrare come i punti di disaccordo siano affatto secondarii e come l'elogio, che sento il bisogno di tributargli pieno e sincero, sia provocato da uno studio minuto dell'opera sua.

Biagio Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto.* - Verona-Padova, Drucker, 1897 (*).

Il Brugi da molti anni con assidua perseveranza attende allo studio difficile della collezione gromatica; studio difficile e per i molti intricati problemi, cui la materia dà luogo, e per il contrasto fra i criteri tecnici ed i criteri giuridici, e per lo stato veramente deplorevole, nel quale le scritture dei vecchi e reputati agrimensori romani (meglio si direbbe le reliquie delle loro scritture) sono fino a noi pervenute. Già in varie occasioni il Brugi aveva comunicato agli studiosi i resultati delle sue diligenti e profonde ricerche: ora appare il volume da tempo annunciato e vivamente desiderato da tutti i romanisti, che comprende un esame completo delle dottrine giuridiche dei gromatici comparate con quelle, che ci offre il Digesto.

Dirò subito che il volume risponde pienamente alle aspettative e costituisce non solo una importante raccolta di materiali, ma anche una elaborazione accurata di essi, e forma così un' opera indispensabile per tutti i compagni di studio. Il lavoro consta di una introduzione, in cui si parla dei gromatici, della loro arte, dei loro scritti, del modo con cui questi si trasmisero a noi e dei criteri che devono regolarne l' uso da parte nostra, e di una serie di monografie che concernono i punti principali, in cui gli agrimensori trattano questioni che interessano direttamente il giureconsulto.

L' introduzione merita di essere ben considerata, poichè tien conto anche delle più recenti indagini ed è scritta con quella serietà, prudenza e sincera cura del vero che distinguono vantaggiosamente tutto il volume. Inoltre, senza avere presente il carattere dei singoli *auctores* e le vicende dei loro scritti, non si può convenientemente apprezzare l' uso che di questi fa poi l' autore nel corso delle sue ricerche. Ad esempio, egli dà molta importanza a Siculo e per l' indole dei suoi lavori e per lo stato attuale di conservazione, ed io stimo ch' egli abbia ragione, sebbene non sia tale il giudizio di altri moderni. Egli propende a rigettar la distinzione fra due Igini, già quasi comunemente ritenuta dai romanisti per l' autorità del Blume e del Lachmann; le differenze caratteristiche fra Igino e Frontino sono egregiamente lumeggiate.

Le singole monografie hanno un nesso fra loro, non solo perchè ciascuna porge un contributo alla conoscenza ed alla interpretazione delle dottrine giuridiche degli agrimensori, ma anche perchè tutte si aggirano nel medesimo campo, concernendo la proprietà e i limiti suoi. Si tratta delle *condiciones agrorum*, del suolo provinciale, delle *controversiae agrorum* e dei molteplici argomenti che vi appartengono, delle pertinenze immobiliari dei *praedia rustica* e dei *compascua*, del passo necessario e della servitù di passo, degli alberi e delle fosse di confine e delle varie forme di incrementi fluviali.

(*) [In *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 24, 1897, pp. 222-224].

Un esame minuto delle varie trattazioni non è possibile: per istituirle sarebbe necessario riprendere l'esegesi dei testi gromatici e giuridici, e tanto varrebbe rifare il lavoro. Poichè questo (e torna, parmi, a sua lode) non è un tessuto di congetture e di affermazioni generali, ma è una coscienziosa analisi comparativa, in cui si notano di regola i soli risultati immediati della ricerca esegetica, lasciando a chi vuole di procedere oltre nel campo nelle induzioni e delle ricostruzioni.

Due osservazioni molto rilevanti sono fatte dall'autore e sono, come i tedeschi direbbero, due fili rossi che guidano il lettore nello studio del lavoro. La prima si è che le *controversiae agrorum* dei gromatici non vanno identificate con le *actiones* dei giuristi, e che è errore quello di credere che ogni tipo di *controversia* abbia per suo contrapposto un determinato tipo di azione. L'osservazione non è nuova, ma il Brugi l'ha opportunamente riaffermata contro la *communis opinio*, tanto più utilmente in quanto che ha avuto modo di farne ampia applicazione, elaborando tutta la materia relativa: vedi, per es., i rapporti fra la *controversia de loco* e quella *de possessione,* p. 303 sg.

L'altra osservazione è quella che non dobbiamo assumere le dottrine in materia di accessione e incrementi fluviali, che si trovano nei Digesti, come ammesse e applicate universalmente fin dagli inizii della giurisprudenza romana. Appunto dagli agrimensori si rileva con quanta varietà, con quanti dubbi e con quanti ostacoli tale materia sia stata per secoli regolata. I confronti, quindi, fra il Digesto (compilato in un tempo, in cui unica era ormai la *condicio agrorum*) e i gromatici van fatti con somma cautela, e non bisogna esser corrivi nè a cercare una conciliazione fra gli insegnamenti delle due fonti, nè ad ammettere un errore di diritto nei gromatici od un'alterazione delle loro scritture. Queste due osservazioni sono, nella sostanza, verissime, e l'averle tenute sempre presenti è stato di gran vantaggio pel Brugi. In ciò il suo libro si differenzia soprattutto dalle pur sempre pregevoli istituzioni gromatiche del Rudorff, dove lo sforzo a mettere in accordo giureconsulti e agrimensori è continuo e manifesto non senza scapito per la bontà dei resultati.

Il libro è scritto con semplicità non disgiunta da eleganza: forse qua e là l'esposizione riesce un po' oscura. Ciò, del resto, è naturale. Quando uno studioso da varii anni approfondisce un argomento e vi concentra il suo pensiero, non si avvede che gli altri possano avere bisogno di qualche maggiore schiarimento su taluni punti o possano trovare scarsi alcuni accenni od ardue alcune allusioni. Ma nè questa lieve nota nè il dissenso in qualche opinione particolare m'impedisce di riconoscere tutto il pregio di questo libro, che accrescerà l'onore della non ingloriosa scuola italiana.

OTTO GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten.* - Berlin, Weidmann, 1887 (*).

L'autore comincia a fissare il concetto di interpolazione, che può definirsi " un mutamento che le commissioni giustinianee hannno introdotto nei testi accolti nelle loro compilazioni pei fini di queste compilazioni medesime ". Non sono quindi interpolazioni le corruzioni infiltratesi nel testo per opera degli amanuensi (sieno esse anteriori o posteriori al lavoro di compilazione), nè poi le gravissime modificazioni che il testo gaiano ha subìto nelle Istituzioni imperiali, giacchè in queste non si fa parlare Gaio, ma è Giustiniano medesimo, che parla in propria persona. Ora, mentre la tradizione fiorentina delle Pandette è buona e non si può ammettere facilmente che questa sia guasta o alterata, non solo possiamo, ma dobbiamo credere che vi sieno frequenti interpolazioni, le quali sono state espressamente concesse ed anzi ordinate da Giustiniano e richieste inoltre dall'indole del lavoro.

Il fatto che interpolazioni vi sieno, e in abbondanza, si può constatare facilmente col confronto dei testi genuini dei giuristi classici (o delle costituzioni imperiali) a noi pervenuti. Possiamo persino osservare interi testi fabbricati dai giustinianei e messi in bocca a qualche antico giureconsulto; in D. 19, 2, 25 pr. [1] Cuiacio e l'acutissimo Fabro lo avevano visto, ed ora la scoperta delle Istituzioni gaiane ha tolto ogni dubbio. E ciò che è notevole si è che non solo costituzioni anteriori e coeve di Giustiniano hanno prestato ai compilatori i pensieri da sostituirsi a quelli dei vecchi giuristi, ma persino le idee delle non ancora promulgate Novelle sono state oggetto di tali mutamenti. Il pensiero legislativo già esisteva e già in questo modo si cominciava a introdurre. È importante l'osservazione che simili costruzioni di interi frammenti non arrivano oltre al 39° libro dei Digesti; forse il disegno della ' repetita praelectio ' del Codice, maturato a un certo stadio della complilazione delle Pandette, fece sembrar superflue quelle audaci menzogne.

Per noi interessa specialmente di sapere con quali metodi possiamo scoprire tali interpolazioni. Anzitutto per una cospicua categoria di frammenti possiamo dire francamente: " Questo il giurista, sotto il cui nome va il frammento, non l'ha scritto ". Tale è il caso, in cui ci sia dato il confronto coll'opera genuina [2]; o quello, in cui passi paralleli del Codice o delle Istituzioni provino essere fattura giustinianea quanto si attribuisce a un antico giurista; o finalmente quello, in cui l'iscrizione

(*) [In *Archivio giuridico,* 40, 1888, pp. 163-170].

[1] In altri casi ci mancano testi da confrontare o da cui rilevare le vere opinioni del giurista, *de quo agitur;* ma la vasta e intensa interpolazione non è meno evidente, per es. D. 24, 2, 6. 24, 3, 21, 7-8: cfr. D. 16, 3, 1, 36.

[2] Per es. D. 41, 1, 10, 12 cfr. con G. 2, 89; D. 39, 5, 31, 1 con Vat. fr. 254.

del frammento rivela essa medesima l'alterazione subita dal contenuto. Per un'altra categoria di frammenti, la cui autenticità è scossa non per motivi estrinseci, ma intrinseci, possiamo dire: "Questo il giurista non può avere scritto". Ora tali motivi intrinseci possono riguardare il 'contenuto' o la 'forma'.

Riguardano il contenuto le impossibilità cronologiche: per es., in D. 2, 14, 10 pr. si fa parlare il 'divo Marco' dell'ipoteca legale del fisco, che pur fu introdotta solamente da Caracalla. Così pure deve dirsi di alcuni pensieri affatti indegni del giurista, cui vengono attribuiti, che si incontrano in mezzo ad una serie di eccellenti osservazioni. Questo modo di argomentare la non autenticità del testo è, in teoria, ben giustificato; ma in pratica, come ognun può vedere, oltremodo pericoloso. Esempi si possono trovare abbastanza sicuri, per es., in D. 13, 7, 6 pr. (sub fin.) (1); in D. 23, 3, 59, 1 specialmente sub fin. (ov'era originariamente parola di 'dotis dictio'). Si intende che è impossibile designare a priori i contrassegni di tali interpolazioni; ne possiamo tuttavia indicare alcuni:

1.° Nei casi, in cui nei giuristi antichi si trova un quesito con la relativa risposta, suole sussistere fra l'uno e l'altra piena armonia e congruenza. Dove pertanto eccezionalmente tale congruenza non esiste, ma o si devia dal quesito proposto, o si lascia questo senza adeguata risposta, o s'insinuano cose non pertinenti, sorge naturale il dubbio che la mano dei compilatori abbia scompigliato l'ordine primitivo. Per es., in D. 7, 5, 5, 1 il quesito è se si possano 'condicere' gli obbietti del quasi usufrutto al termine di questo; e la risposta congruente si legge infatti sulla fine del paragrafo. Ma prima di arrivarvi si deve attraversare una lunga, malfatta e inattesa trattazione del problema se l'*omissa cautio* si possa *condicere* durante l'usufrutto. A tacere di minori alterazioni, pare evidente che tutto il brano da "sed si quidem" a "ipsam quantitatem" si debba ritenere intruso dai giustinianei.

2.° Alle volte in fine di una ben condotta trattazione si legge una aggiunta accompagnata da 'autem', 'enim' o simili particelle, la quale urta direttamente contro la conclusione, cui s'è pervenuti. Qui pure il sospetto, o anche il giudizio, che siavi interpolazione, non parrà temerario: cfr. D. 19, 2, 60, 2 (dove son da tenersi presenti le innovazioni giustinianee di cui in Inst. 4, 1, 16).

3.° Alle volte in mezzo a una proposizione vuota o fallace si trovano ripetute quelle stesse parole che esprimono il concetto fondamentale del giureconsulto. D. 30, 34, 1 sgg. 19, 1, 5, 1 ('quoniam — potest').

4.° Alle volte l'interpolazione è rivelata da non efficaci antitesi, per es. D. 5, 3, 17 i. f.

Riguardano, al contrario, la forma le anomalie lessicali e grammaticali (tanto morfologiche che sintattiche). Esempi famosi sono D. 13, 7, 8, 3. 24, 3, 22, 3-4, ove 'dotis' è una fallace traduzione al genitivo di "rei uxoriae". Le prove lessicali sono del resto le più sicure. Così, per

(1) Per il modo di ragionare dei giuristi classici cfr. Paul. 2, 13, 3.

es., la frase “ libertatem praestare ”, riferita in D. 40, 5, 24, 8 al testatore che scrive un fedecommesso di libertà, basterebbe a provare la non autenticità di quella chiusa, se questa già non apparisse da più altri motivi.

Del resto osserva bene l' autore che è pure un buon criterio quello desunto dalle particolarità stilistiche e linguistiche di Triboniano (meglio si direbbe dei compilatori giustinianei), le quali possono tradire l' opera interpolatrice.

Queste sono le linee fondamentali della dottrina delle interpolazioni data dall' autore. Alla sua trattazione non molto si potrebbe aggiungere: per es., l'osservazione che le fonti greco-romane conservano talora tracce delle opere genuine, le quali possono condurre a rilevare l' interpolazione.

Interessante sarebbe stato un esame particolare delle interpolazioni nelle tre masse, per vedere se tutte le sottocommissioni hanno agito con gli identici criteri (1): Gradenwitz incidentalmente assicura di aver tentato questa indagine, ma senza risultati. Forse un secondo tentativo, fatto specialmente da lui, potrebbe tornare fruttifero. Anche un esame delle interpolazioni secondo i vari libri delle Pandette potrebbe essere fecondo; già l' osservazione, che dopo il libro 39 non abbiamo più testi interamente coniati dai giustinianei, è notevole. Inoltre io bramerei un altro esame relativo alle interpolazioni nei frammenti delle singole opere più abbondantemente adoperate dai compilatori. Quest' ultima ricerca ci scoprirebbe se e quanti glossemi del tempo intermedio sono penetrati nel testo; se i compilatori si sono, e fin dove, giovati di commentari scolastici etc.

La parte successiva del lavoro di Gradenwitz si occupa di isolate ricerche su alcuni gruppi di interpolazioni riconoscibili o per la forma o pel contenuto. Prima di tutto viene un capitolo su talune parole *sempre interpolate;* quelle studiate da G. sono quattro: due *decomposita* (‘ adimplere-coadunare ’), ‘ satisdationem dare ’, ‘ celebrare ’ nel senso di *compiere.* ‘ Adimplere ’, parola così cara ai bizantini, è rarissima nei Digesti. Occorre in D. 18, 1, 57, ove tutto il contesto è indubbiamente fattura dei giustinianei (2); D. 39, 5, 20, 1 (cfr. per le ragioni di interpolazione C. 6, 51, ult.); D. 36, 1, 32, 2 (l' indecente interpolazione che contamina questo passo si appoggia a C. 8, 37, 13 nonchè a C. 6, 51, 1, 9); D. 26, 7, 43, 1, dove la chiusa è non meno risibile pel concetto (3) che barbara nella forma; D. 29, 2, 74, del qual passo nessuno certo vorrà sostenere con calore l' autenticità. Rimane D. 34, 5, 25 (Celso); ma la

---

(1) Cfr. SCHIRMER, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., 8, 156.

(2) Cfr. FABRO, *Coniect.*, 12, 1.

(3) Dico ‘ risibile ’ in rapporto alle considerazioni di Paolo, che precedono. In sè la decisione può anche ritenersi accettabile. Qui pure l' interpolazione era già stata vista dal FABRO. Di passaggio sia ricordata l' acuta congettura perniciana, che il passo in origine si occupasse del “ tutor ad dotem stipulandam datus ” (cfr. per es. G. 1, 170).

decisione ivi contenuta risponde assai meglio allo spirito della giurisprudenza giustinianea, che non alla celsina. E quand'anche ciò non fosse, le precedenti avvertenze basterebbero ad insegnare la non autenticità del responso.

'Coadunare' occorre nelle Pandette due volte: in D. 2, 14, 9, 1 (ove l'interpolazione (1) è chiara) in D. 10, 4, 7, 2. In quest'ultimo frammento la voce non può essere non sospetta (si pensi alla frequenza con cui essa occorre nel linguaggio giuridico bizantino e all'assoluta mancanza di essa in tutto il corpo delle Pandette) e tale osservazione può servire anche per la trattazione di una *quaestio* assai *vexata*, come tutti sanno.

'Satisdationem dare': già '— dationem dare' suona tutt'altro che elegantemente. La frase, non rara presso i bizantini, si trova nelle Pandette 5 volte. L'interpolazione mi pare evidente in D. 2, 8, 7, 2. 5, 3, 5 pr.: oltremodo probabile in D. 4, 8, 32, 16; rimangono così assai sospetti due passi: D. 1, 6, 17, 5. 39, 1, 7 pr.

In tre soli luoghi delle Pandette troviamo 'celebrare' nel senso di *compiere:* senso, che tale parola ha acquistato assai tardi. In D. 39, 5, 31, 3 l'interpolazione è indiscutibile di fronte alla testimonianza del Fr. Vat. 257: essa è dovuta allo scopo di togliere le tracce della *lex Cincia*. Un'altra volta appare 'celebrare' in quel senso in D. 23, 3, 61, 1, dove, a cominciare da "sed ut expediatur", comincia una delle più evidenti e più infelici costruzioni bizantine, che si contengano nelle Pandette. Dovrà pertanto ritenersi corrotta anche la chiusa in D. 13, 5, 21, 1.

Allato a queste parole, davanti alle quali si può con sicurezza gridare all'interpolazione, ve ne sono altre, che debbono ritenersi probabilmente interpolate e la cui presenza deve insegnare all'interprete (soprattutto se intenda ricostruire il pensiero originario del giurista) grande cautela. Parole di questa natura sarebbero:

Cumulus. — Appare in due passi già sopra per altre ragioni dichiarati non autentici, cioè D. 2, 14, 8; 9, 1. Che pure in D. 38, 17, 2, 44 'si damnum minus sit cumulo legati' sia una frase interpolata, dovrà ammettere chiunque non voglia attribuire ad Ulpiano un'osservazione evidentemente sciocca. Che in D. 27, 2, 3, 3 siavi incongruenza in rapporto a quanto precede, non nego; ma non parmi sì grande da rendere impossibile che Ulpiano siavi caduto. L'*aeris alieni cumulum* in D. 36, 1, 4 (benchè certo in questo passo vi sieno alterazioni) non mi pare interpolato. Anzi si avverta come questi tre ultimi frammenti citati, in cui occorre la voce *cumulus*, sieno tutti e tre di Ulpiano. Deve proprio essere una combinazione che le tre sole volte in cui i compilatori hanno inserito la voce *cumulus* (non contiamo gli altri due passi, la cui corruzione è d'altronde manifesta) lo abbiano fatto in passi di un unico autore? Non dovrebbe sembrare più verosimile che realmente Ulpiano abbia usato tal voce; egli che pure ha tante particolarità di lingua e di stile? L'ul-

---

(1) Interpolato è pure D. 2, 14, 8 sulle orme di C. 7, 71, 8; cfr. EISELE, *Ztschr. der Sav.-St.*, 17, p. 19.

timo passo non è in verun modo sospetto, almeno dove entra la voce *cumulus:* il penultimo non è poi così incongruente, come Gr. vorrebbe (purchè il *frugaliter* s' intenda nel senso di 'relativa moderazione') e l'ordine meno buono della trattazione in un testo ulpianeo non mi reca scandalo. Invece la probabilità dell' interpolazione sussiste pel primo passo; ma si pensi che i compilatori potevano alterare il testo, pur conservando una voce già usata dal giurista [1]. A me parrebbe necessario per ben procedere in ricerche cotanto pericolose di congiungere la ricerca dei "bizantinismi" con lo studio della latinità specifica dei singoli giureconsulti.

Regressus. — Si trova nei seguenti passi delle Pandette: D. 5, 3, 25, 17. 13, 7, 22, 4. 21, 2, 1. 21, 2, 34 pr.; 23. 21, 1, 14, 9. 17, 1, 59, 4. 14, 6, 9, 3. 14, 4, 9, 1. 26, 1, 6, 4. 42, 8, 25, 1. In nessuno di questi undici frammenti l'interpolazione è evidente: contro qualcuno (e soprattutto contro il primo) possono nascere dei dubbi; contro altri nulla si può obbiettare. Tale condizione di cose mi fa parere audace l'asserzione di Gr., che *regressus* sia sempre parola sospetta. Se io penso poi che di quegli undici frammenti ben otto appartengono a Ulpiano (gli altri tre a Paolo, Pomponio, Venuleio), non si presenta facile la supposizione che anche questa voce appartenga al numero di quelle evitate ordinariamente dai giuristi romani, ma da cui Ulpiano e per l'origine sua e per le sue abitudini di compilatore non si guarda con la debita cautela?

L'autore in un terzo studio particolare considera alcune espressioni, ch'egli designa "spesso interpolate". Una di queste espressioni è "in casu". Non è straniera al latino dei buoni giuristi e si trova in Gaio; ma se ne fa uso esorbitante dai bizantini. Vi sono però certe maniere ineleganti, da cui i giuristi classici rifuggono sistematicamente: per es. 'in his casibus, in quibus'. Tale frase è in D. 2, 14, 10 pr., dove, come s'è visto, niuno può negare l'interpolazione. E così può dirsi degli altri passi scelti dall'autore in cui occorre quella o simile frase: D. 9, 2, 30, 1 ('in his casibus, in quibus'); D. 27, 6, 11, 4 ('in casibus in quibus'); D. 18, 1, 58 ('in superioribus casibus'); D. 5, 2, 9 ('in hoc casu'); D. 43, 24, 11, 7 ('in hoc casu'); D. 6, 1, 23, 5 ('in his omnibus casibus in quibus'); D. 5, 3, 17 ('in eo casu'). Altra di queste espressioni é 'licentiam habere' ('dare', 'esse' etc.): fra i passi già accennati da noi come interpolati o sospetti occorre tale frase in D. 24, 2, 6. 24, 3, 22, 7-8. 22, 3, 25, 3. 36, 1, 32, 2. Si aggiunga D. 10, 3, 7, 12 (passo originariamente trattante di *fiducia*). 26, 1, 13, 1 [2]. 4, 2, 14, 4 (unico passo dei Digesti, che nomini arbitraria altra azione che non sia quella 'de eo quod certo loco'); 26, 7, 1, 2-3. 40, 12, 1 pr.; 3 (si pensi all'abolizione degli 'adsertores' nel diritto giustinianeo). Invece il sospetto cade in passi di Callistrato (D. 4, 4, 45, 1) o di Arcadio Carisio (22, 5, 1, 2), come pure in alcuni passi ulpianei (D. 1, 12, 1, 3). Intorno a D. 23, 1, 12, 1 (Ulpiano) io rimango, nonostante le osservazioni di Gr., assai dubbioso.

---

(1) Pongasi per es. che scrivesse "nec distinguendum est an damnum minus sit cumulo legati" etc.

(2) Cfr. MOMMSEN, ibid.

Assai opportune sono (1) le ricerche, che seguono, sulla terminologia di ' actio ' e ' iudicium '. Si comincia a chiarire come e perchè Giustiniano o sostituisca assai spesso ' actio ' a ' iudicium ', oppure ' iudicium ' a ' ius ' (come fase del processo). Quindi si passa ai *bonae fidei iudicia*. Riguardo a questi occorre avvertire la sostituzione di ' actio ' a ' iudicium ' (cfr. per es. G. 4, 62 con I. 4, 6, 28) per la fallace idea di connettere le cosí dette *actiones bonae fidei* col *ius aequum* e quelle così dette *stricti iuris* allo *strictum ius* (2). Così si capiscono interpolazioni come D. 18, 1, 57 ult. 43, 26, 2, 2. 19, 3, 1 pr. Il linguaggio classico aveva le espressioni ' iudicium b. f. ' e ' i. strictum ', ' actio b. f. iudicii ' e ' actio stricti iudicii ': i contrapposti ' i. s. ' e ' actio b. f. ' naturalmente sono rarissimi, giacchè essi non designano una categoria di cose omogenee. Si comprende pure come sia pericoloso il voler integrare il catalogo gaiano dei *iudicia b. f.* con quello giustinianeo delle *a. b. f.* Parimenti ' actio calumniae ' e ' contraria actio ' sembrano alterazioni bizantine in luogo di ' iudicium calumniae ' e ' contrarium iudicium '. Spesse volte tali alterazioni si devono a sostituzioni fatte a termini o a concetti antiquati; spesse volte a nuovi emblemi fatti allo scopo di ottenere maggiore chiarezza. Se proprio in tutti i passi ' contraria actio ' sia interpolazione, è questione che a Gr. pare da risolversi affermativamente con grande verosimiglianza; rimane tuttavia il dubbio, esaminando i passi citati da lui, che ai tempi dei Severi la terminologia non si conservasse più in tutta la sua purezza; il che tanto più deve parer verosimile in quanto che allora la *cognitio extra ordinem* fuori dell' Italia aveva quasi dovunque preso il posto dell'*ordo iudiciorum*, e questo pure in Roma aveva subito sempre più considerevoli limitazioni.

Agere praescriptis verbis è frase che occorre spesso nelle fonti, e che certo fu usata dai giuristi classici (3). Nelle Pandette si trova spesso anche " actio praescriptis verbis "; ma questa espressione deve riteuersi interpolata, sia perchè tutti, o quasi, i passi che la contengono sono per altre ragioni sospetti, sia perchè si impongono cónfronti (per es. G. 3, 143 = Inst. 3, 34, 1. D. 19, 5, 17, 2 = 47, 2, 79), sia perchè *actio praescriptis verbis* non è espressione che, riferita alla procedura classica, possa dare senso buono. Talora i compilatori con simili alterazioni hanno mutato il significato del frammento; altre volte non hanno fatto che guastarne la forma: un esempio notevole offre D. 19, 5, 9, 3.

L' antica opinione di quell' antico esegeta, che fu Antonio Fabro (4), sostenuta pure da Manns (5), che cioè la " condictio propter poeniten-

(1) Varie osservazioni contro taluni di questi saggi del GRADENWITZ sono sparse nella recentissima opera del WLASSAK, *Die römischen Processgesetze*, vol. I, 1888.

(2) C. 5, 13, 1, 2.

(3) Già da Labeone, D. 19, 5, 19 pr.

(4) *Ration.*, ad D. 12, 4, 5.

(5) *Pönitenzrecht*, 1879.

tiam " sia un' invenzione dei bizantini, è con nuovi argomenti sostenuta dall' autore. Si tratta, insomma, di ritenere interpolati i seguenti passi: D. 12, 4, 3, 2-3; 5: quanto a D. 18, 1, 27, 1, tal passo si spiega senza ammettere un' interpolazione nè accogliere la " condictio ob poenitentiam ". Ora, le ragioni sono così chiare che Gr. era giunto a questo risultato prima di avere notizia degli studii di Fabro e Manns: e certo ogni dubbio sarebbe da gran tempo scomparso, se non fossero i molti pregiudizii, che nocquero tanto allo sviluppo delle indagini romanistiche, e quelle altre cause che opportunamente l' autore rileva.

L' ultimo studio concerne il rapporto tra i *verba* e la *voluntas*. Far prevalere la seconda in confronto dei primi è tendenza spiccata del diritto giustinianeo; mentre nel diritto classico si mostra più vigorosa la opposta tendenza. L'autore vorrebbe provare con varii esempi che questo fatto è cagione di numerose e quasi sistematiche interpolazioni da parte dei bizantini: le sue ricerche si limitano alla interpretazione di disposizioni testamentarie, all' *animus novandi* (D. 46, 2, 26; 29; 31 e forse D. 46, 2, 8, 1-2, 5), alla *voluntas* del servo (D. 41, 2, 1, 19) [1]. Quanto dice l' autore sull' *animus novandi* si dovrà, avuto riguardo alle notissime disposizioni giustinianee, facilmente concedere; ma quello ch' egli espone sull' ultimo e gravissimo argomento mi pare troppo remoto da quella alta probabilità che si richiede perchè si possa tener calcolo dei suoi risultati per l' elaborazione dommatica [2]. In quanto, poi, alle sue acute osservazioni intorno ai casi d' interpretazione di testamenti, io non posso nè voglio negare che in molti punti l' accenno alla volontà del testatore (che spesso è invocata male a proposito) tradisca l' interpolazione. Ma d' altra parte esagera anche Gradenwitz. I giuristi classici vogliono stare al *verbum* (contrarii conati, che risalgono fino al tempo di Tuberone, non ebbero grande fortuna) e non ammettono in verun modo una interpretazione che col *verbum* sia affatto inconciliabile. Ma chi legga le numerosissime decisioni raccolte nelle Pandette ben si avvede che nessun giurista classico esclude che tra le varie interpretazioni conciliabili colla lettera si possa scegliere; e scegliere per avventura anche la meno propria e la meno comune, se questa sembri meglio rispondere alla presumibile volontà del testatore. Così si spiega, senza troppo sottilizzare, perchè i classici in tali casi o invochino la volontà del defunto, oppure, dando una interpretazione, ammettano la prova di diversa volontà del testatore, della qual prova non dobbiamo credere che gli elementi si avessero esclusivamente a ricavare dal testamento medesimo.

Tale è il lavoro di Gradenwitz e, nel complesso, ben possiamo rallegrarci di un opportuno e largo contributo all' esegesi delle fonti, la quale, posta così su basi sicure, si libererà dai miseri artifici e dai poco

(1) Il dubbio di Gradenwitz si estende al § 20 ibid. ov' è parola del ' curator ', ' tutor ' e ' procurator ', per cui s' acquista il possesso.

(2) Se poi nel § 19 si legge *possidere*, resta tolto uno degli argomenti dell' autore.

serii conati, che dalla Glossa ai nostri giorni l'hanno offuscata. Se dopo i mirabili esempii di Cuiacio e di Fabro l'esegesi tornò a decadere, questo si deve a quella singolare ripugnanza, che i romanisti hanno sempre provato pei rimedii migliori e più indicati, ed al fatto che quegli esegeti altissimi hanno lasciato larghissima dovizia di buone osservazioni e di acute interpretazioni, ma non hanno dato corpo ad una vera scienza dell'esegesi. Questa sola può riuscire e a convincere della bontà dei metodi e ad iniziare nell'uso di questi, per quanto in tal cosa l'arte possa valere. S'intende, cioè, che la natura non abbia negato inesorabilmente il senso critico. Ora una scienza dell'esegesi oggi ancora non sussiste, nè possiamo aspettarcela per domani. Ma a prepararla si lavora seriamente: la splendida ricostruzione leneliana dell'Editto perpetuo, la *Palingenesia* degli autori classici che si va dallo stesso Lenel pubblicando, le continue importantissime indagini dello Zachariae von Lingenthal sulle fonti greco-romane e sulle loro applicazioni in materia esegetica, gli studi critici di Eisele, Gradenwitz, Krueger, etc., costituiscono un avviamento verso tale preparazione. Noi intanto approfittiamo dei risultati e degli esempi molteplici che gli altri ci danno e cerchiamo di fare anche noi qualche cosa — giacchè anche noi Italiani qualche cosa sappiamo fare.

HENRI APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*. - Paris, Larose, 1895 (*).

Il dott. Henri Appleton, avvocato alla Corte d'Appello di Lione, è figlio dell'illustre professore Carlo Appleton, i cui dotti e importanti lavori sono largamente discussi e favorevolmente noti in Italia. È questo il primo saggio romanistico del giovane avvocato; ma è ben da sperare che non sia che l'inizio di una carriera, che auguriamo gloriosa al pari della paterna.

Gli studi sulle interpolazioni sparsi in molteplici riviste, in monografie, in recensioni etc. non hanno ancora trovato chi ne togliesse e ne coordinasse la parte più accertata e utile, e con una lucida e comoda trattazione la mettesse alla portata di chi, accingendosi ora alle ricerche romanistiche, non può senza danno e vergogna gravissimi ignorare tanta dovizia di importanti risultati. Lo studio delle interpolazioni, continuato con metodo rigoroso e con la dovuta prudenza, è destinato a rinnovellare totalmente la scienza del diritto romano.

L'autore con molta esattezza e perspicuità espone i metodi e i criteri principali e parecchie delle più importanti applicazioni. Le sue fonti precipue sono i lavori del Kalb, del Gradenwitz, dello Eisele, del Lenel. Inoltre, si vale degli studi di giuristi francesi, anche inediti, e ci reca alcuni saggi dei corsi dei professori C. Appleton e Audibert a Lione, i

(*) [In *Riv. it. per le scienze giur.*, 19, 1895, pp. 208-209].

quali mostrano a quale altezza sappiano ora sollevarsi nel loro insegnamento i migliori romanisti di quel paese. Fra gli autori, i cui lavori si vedrebbero volentieri usufruiti dall'autore, che li ha invece negletti, citerò il Pernice (soprattutto il terzo volume del *Labeo* avrebbe dovuto consultarsi); i saggi inseriti nella *Mnemosyne* dal Naber contengono osservazioni preziose; gli scritti italiani sono quasi totalmente sfuggiti all'Appleton.

Da ciò deriva, per es., che egli a p. 125 ripete a proposito di *praesumptio* quanto aveva detto il Gradenwitz nel settimo volume della *Ztschr. der Sav.-St.*, mentre quei risultati sono stati notevolmente modificati in una monografia italiana, alla quale il Gradenwitz stesso ha di recente e pubblicamente fatto adesione.

Un altro appunto che si può fare all'egregio romanista è quello di soverchio antitribonianismo. Esso si manifesta in moltissimi punti; soprattutto al capo quinto, p. 220 sg. Certamente, chi ha inteso e ammirato il valore della perfezione formale dei giuristi classici non può non sentirsi turbato davanti allo stile turgido e impreciso, alla debolezza e talvolta alla goffaggine delle dimostrazioni e delle deduzioni dei compilatori. Per loro non vi ha in proposito che una circostanza attenuante: la fretta. Ma, se consideriamo l'opera loro sostanziale, il biasimo non è altrettanto giustificato. Una serie di innovazioni opportune si debbono a loro; inoltre, essi hanno approfittato di quel lavoro lento e sagace di adattamento del diritto antico ai nuovi bisogni, che si venne compiendo nelle scuole orientali. Quando avremo potuto accertare la massima parte delle interpolazioni (tutte non sarà possibile) e la loro portata, le figure dei collaboratori di Giustiniano non sembreranno più meschine e neppure mediocri.

Tutto questo non toglie il merito del libro dell'Appeton, che è da raccomandarsi specialmente nelle scuole, come opportunissima introduzione ad una delle parti più difficili, ma anche più attraenti, della vasta nostra disciplina.

W. Kalb, *Zur Analyse von Iustinians Institutionen*, in *Archiv für lat. Lexicogr.*, VII, 2 (*).

L'erudito filologo norimberghese, ben noto per i suoi vari ed eccellenti studi sulla lingua dei giuristi romani, si rivolge nell'articolo presente alle fonti delle Istituzioni giustinianee. Naturalmente le sue osservazioni concernono soltanto la lingua dei singoli passi considerata quale criterio per indagarne l'origine; ma appunto per ciò mi torna assai preziosa la sua testimonianza, la quale conforta con la sua autorità la bontà del metodo da me usato nella Memoria sull'argomento, che egli onora del suo competente elogio. Le singole osservazioni sue sono molto notevoli. Giustamente egli avverte, per es., come non debbasi trascurare il

(*) [In *Archivio giuridico,* 50, 1893, pp. 109-110].

fatto che un giurista evita una data voce o frase. Può essere che tal voce o frase leggasi ora nelle Istituzioni in seguito a qualche modificazione operata dai compilatori nel trascrivere il brano; ma non è credibile che ciò avvenisse più volte o per espressioni dal linguaggio giustinianeo aliene. E credo io pure che il mio giudizio circa l'origine di Inst. 1, 23, 5 e 2, 14, 11 ha bisogno di revisione. Altrove l'autore apporta insperata e innegabile conferma ai miei giudizi. Così io avevo attribuito per altre e non lievi ragioni Inst. 2, 2, 3. 4, 6, 33ᵈ. 4, 13, 3 alle *res cottidianae* di Gaio; ora il Kalb osserva che in quei passi si contiene la frase "qua de causa" ignota al linguaggio giustinianeo e straniera a tutti gli altri giuristi.

Una buona osservazione del Kalb è pur quella che nelle opere dei giuristi anche più corretti nella lingua e nello stile gli esordii possono essere alquanto tronfi e non privi di artificio retorico e forse I. 1, 1, 2, che io ho attribuito ai compilatori per tal motivo, può essere fattura di giurista classico. Di quale, non è ora il caso d'indagare.

Il Kalb chiude con uno *specimen* di una edizione delle Istituzioni, in cui vengono indicate le fonti dei singoli passi; e il metodo, che all'uopo ci propone, mi pare semplice e perspicuo. Ed è ben tempo che si cessi dal considerare le Istituzioni giustinianee come opera bizantina, mentre nella loro quasi totalità sono prodotto del periodo classico.

P. Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts.* - Leipzig, 1888 (*).

Finalmente è comparsa quest'opera tanto ardentemente desiderata dai cultori del diritto romano e della sua storia, i quali hanno così raccolto in un libro di mole discreta tutte le ultime risultanze del sapere su così grave e importante argomento e raccolte da uomo competentissimo, il cui nome si trova spesso associato ai fasti migliori dalla storia del diritto romano nei tempi attuali.

L'opera si divide in tre parti, ciascuna delle quali è consacrata ad un periodo storico (repubblica, impero pagano, impero cristiano). Per ciascuno di questi periodi si discorre prima delle fonti del diritto, poi della giurisprudenza e dei suoi cultori, poi dei monumenti giuridici a noi pervenuti e finalmente della tradizione giuridica negli scrittori non giuristi. Con forma assai concisa, ma chiara ed efficace, il Krueger ha saputo concentrare in meno di quattrocento pagine i risultati dei moltissimi studi e delle numerose ricerche, che, soprattutto in questi ultimi anni, si sono venuti accumulando. Le note assai copiose riferiscono le opere, a cui l'autore ha attinto; esse (e il sistema è oltremodo lodevole) non arrecano già una indigesta congerie di titoli di libri, come nelle opere italiane specialmente suole avvenire, ma nominano solo quelli, che real-

(*) [In *Archivio giuridico*, 41, 1888, pp. 209-210].

mente contengono qualche cosa di nuovo e di notevole su quel determinato punto. Quindi si cita l'autore di un'opinione e quelli che l'hanno convalidata di argomenti gravi o l'hanno efficacemente combattuta; quelli che si limitano ad accoglierla o registrarla (fossero pure illustri scrittori) vengono passati sotto silenzio. La stessa sorte hanno subìto in generale tutti gli scritti di mediocre valore. Nè poi le citazioni si restringono alla letteratura germanica; anche le altre, e a preferenza la nostra, sono benissimo conosciute dall'autore. Superfluo sarebbe il rilevare i pregi di questo lavoro; d'altra parte in opere di questa natura, che consistono in una lunga rivista di fatti e di opinioni fatta con singolare acume e dottrina, l'enumerazione delle osservazioni buone, originali, interessanti condurrebbe quasi alla riproduzione del libro intero.

Si potrebbe osservare con qualche meraviglia che l'autore tra le fonti del diritto romano non parla mai della consuetudine. Se non che si può aggiungere a sua difesa che il discorso sulla consuetudine nel diritto romano è necessariamente implicito in quanto si dice sulla *interpretatio fori* da una parte e sul *ius gentium* dall'altra (1). Più singolare parrà un'altra lacuna: in questo libro manca affatto l'enumerazione delle leggi e dei senatoconsulti, di cui, se non la lettera, ci pervenne il titolo o il contenuto. Ignoro quali ragioni possono avere indotto l'autore a sopprimere tutte queste notizie; egli non si è spiegato affatto in proposito: un cenno però sulle precipue leggi, senatoconsulti etc. e sulla loro origine mi sarebbe parso necessario.

Le parti più notevoli di tutto il libro sono la esposizione storica della giurisprudenza classica e quella della origine e trasmissione delle fonti dell'ultimo periodo; qui soprattutto appaiono gli studi originali e la singolare competenza del Krueger. Idee nuove sono sparse anche in quella, e dovranno tenersi in conto da chiunque ritorni sull'argomento.

Circa Ottaveno nulla esprime l'autore (p. 158) sulla natura degli scritti: si limita a dire che dovettero essere di genere teorico. Eppure precisamente gli studi kruegeriani sulla struttura dei Digesti mi pare che conducano alla soluzione del vecchio problema, e verosimilmente sono 'Digesta' ottaveniani la fonte delle non troppo scarse citazioni.

Sulla natura degli scritti plauziani nulla ci dice: trova che 'all'elaborazione pauliana e probabilmente anche alla pomponiana sta a base l'ordine dell'editto'. Che già l'opera genuina di Plauzio si attenesse sostanzialmente all'ordine edittale stimo io pure ora essere probabile [cfr. *supra*, p. 205 sgg.]. È però più verosimile trattarsi di una compilazione di responsi e questioni, che non di veri *Digesta*, come ritiene il Krueger (p. 133; cfr. p. 206).

Di Celso si ammette che parli come di morto Giuliano in D. 28, 2, 13 pr. (p. 165); poco dopo, però, si riconosce (p. 169, n. 40) che le parole decisive di quel passo non appartengono a Salvio Giuliano. Manca per-

(1) Kuntze, *Kritische Vierteljahresschrift*, 9, 502-550.

tanto ogni ragione di trattare di Nerazio (p. 171) dopo di Celso *junior* (p. 165 sg.); che il primo fosse alquanto più anziano si può ricavare anche da ciò che egli dal secondo è citato, non mai quest'ultimo da lui, mentre pur cita il padre Celso.

Pedio è collocato fra i giuristi dell'età adrianea (p. 172) per la ragione che da D. 4, 8, 32, 16 il commento all'editto di P. sembra posteriore ai Digesti di Giuliano. Ma tale prova è ben debole, tanto più che il fr. 32, 16 cit. è corrotto nelle parole, che verrebbero in considerazione per la nostra questione (1); del resto si può dire benissimo che Pedio approva o disapprova un'opinione, che da Giuliano è stata difesa, senza che ciò implichi che a Giuliano Pedio sia posteriore. E infatti contro il Krueger si può osservare non essere troppo conciliabile la sua affermazione con l'uso di Pedio nel commentario pomponiano, che dovette uscire a brevissimo intervallo dai Digesti giulianei; che egli metta in dubbio tale uso è singolare, date le deduzioni che ricava da D. 4, 8, 32, 16.

In quanto a Gaio, il Krueger propende a ritenerlo romano (p. 191); come scrittore, lo giudica molto severamente (p. 185, n. 19); sui rapporti fra lui e Pomponio ha notevolissime osservazioni (p. 185 sgg.).

A. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*. - Berlin, Reichsdruck, 1885, pp. 42 [Estr. dai " Sitz.-Berichte der kgl. Akad. der Wissenschaften „] (*).

È passato il tempo in cui molti romanisti ritenevano col Mortreuil essere il commento all'Editto di Ulpiano la migliore produzione della giurisprudenza romana. Lo studio analitico e critico delle fonti ha condotto a risultati ben diversi. Già da parecchio si era osservato non essere Ulpiano che un compilatore, non troppo diligente e pochissimo originale (2); già alcuni avevano osservato le contraddizioni innegabili che si trovano nelle opere sue (3). Il Pernice si è ora accinto ad " un tentativo nuovo ed audace „ nel campo giuridico, all'analisi cioè letteraria del commentario all'Editto, onde stabilire quali ne fossero le fonti e quale il metodo nell'adoperarle, quali fossero le parti originali e quale merito loro competa, quale fiducia si debba alle notizie in questo libro conte-

---

(1) Cfr. Mommsen, *ad h. l.*

(*) [Pubblicata nella *Rivista critica di scienze giuridiche e sociali,* vol. III, 1885, pp. 259-261].

(2) Cfr. anche la nostra *Storia delle fonti,* p. 84 sg.

(3) V. il Lenel, *Ed. perp., passim.* Ora il Pernice (p. 12) rincara la dose e aggiunge nuovi esempii. Le sue parole meriterebbero di essere ben meditate da alcuni violenti conciliatori di testi discordanti: " Wenigstens erscheint die beliebte Vorstellung, *ein Mann wie Ulpian* könne sich nicht widersprechen, mittels welcher man mancherlei harmonistische Auslegungskünste zu rechtfertigen pflegt, schon von vornherein wenig begründet „.

nute, e finalmente quale giudizio complessivo debba portarsi di esso. Da un uomo che ha scritto le opere sue (circa 235 libri) nel breve periodo di un ventennio, mentre ricopriva cariche di cospicua importanza ed era assorto in affari molteplici, non poteva aspettarsi gran fatto. Ma il risultato, a cui la critica conduce, è ancora inferiore ad ogni modesta aspettazione. Anche dove Ulpiano parla in propria persona, ordinariamente copia; dove cita, è raro che risalga alle prime fonti; dove adduce notizie storiche, non confermate da altri, merita poca fiducia; dove cerca di svolgere indipendentemente qualche dottrina giuridica (quella, per es., delle " condictiones ", e quella del titolo " pro suo "), gli manca acume e forza produttiva. Le osservazioni generali, spaventosamente monotone, con cui suole cominciare il commento delle singole sezioni dell'Editto o anche delle singole clausole, si riducono in gran parte ad una fraseologia convenzionale, che molti romanisti hanno con loro grave danno presa sul serio [1].

Una delle caratteristiche del modo, con cui Ulpiano procede, consiste nell'uso che egli fa delle sue fonti. Egli non s'è già posto a studiare i lavori antecedenti di uguale argomento prima di accingersi al suo, nè ha fatto uno spoglio metodico e regolare di giurisprudenza; ma di mano in mano che procedeva nel suo lavoro teneva sotto gli occhi la parte corrispondente dei suoi modelli, copiando anche per lunghissimi tratti da un solo autore [2]. Quindi gli sono sfuggite molteplici relazioni delle singole dottrine e dei singoli istituti, e tanto lo svolgimento di quelle, quanto le citazioni della giurisprudenza e delle costituzioni, sono rimaste imperfette.

Lo studio di questo nuovo e acuto scritto del Pernice ci lascia un desiderio vivissimo, ed è che presto egli voglia estendere l'analisi agli altri frammenti conservatici di questo giureconsulto. Nello stesso tempo esprimiamo il voto che altri si accinga con pari dottrina e con pari indipendenza di criterii severi allo studio analitico degli scritti a noi pervenuti degli altri precipui prudenti romani. È soltanto per questa via che è dato giungere a risultati sicuri, i quali gioveranno non solo a rettificare molte idee storiche, ma daranno un solido fondamento all'esegesi delle fonti e alle stesse investigazioni dogmatiche. Saremo così liberati da quel vanissimo convenzionalismo, che è oggi ancora così forte e che è di grave imbarazzo ai progressi reali della scienza. Ne scapiterà forse la fama usurpata di qualche giureconsulto romano; ma il pregio della giurisprudenza romana sarà meglio conosciuto, e il diritto romano rifulgerà assai meglio alla luce pura della verità.

---

[1] Fra cui lo stesso PERNICE, *Labeo*, I, 412 sg. Nè potè andarne affatto immune il LENEL, cfr. *Ed. perp.*, p. 85.

[2] Una sola eccezione va fatta pei Digesti di Marcello. È l'unica opera che Ulpiano mostra di conoscere bene.

J. E. Kuntze, *Der Provinzialjurist Gaius wissenschaftlich abgeschätzt.* - Leipzig, Edelmann, 1883 (*).

L' illustre autore tratta pel primo *ex professo* una questione da molti accennata [1]. I risultati dello studio sono i seguenti:

1.° Gaio è un giureconsulto provinciale;
2.° fu di valore dubbio assai negli studii storici del diritto;
3.° anche nella parte dogmatica fu incerto e non originale.

La condotta del lavoro è diligente, le ricerche esatte e le osservazioni argute. Si potrebbe tuttavia dire che nel suo complesso questo bellissimo opusculo pecca di sottigliezza soverchia. In quanto ai particolari avvertiamo che difficilmente potrà valere come argomento per dichiarare Gaio un provinciale l'aver egli (3, 193) chiamata ridicola la procedura del *furtum l. l. quaesitum* (sulle XII tavole aveva scherzato anche Labeone: Gell. 20, 1, 13) [2], o il non aver egli inteso lo spirito della *tutela mulierum* (1, 190). Nè è vero che egli abbia considerato come dubbia (2, 95) una questione già risolta da Nerazio (D. 41, 3, 41): Nerazio accenna anzi che la questione rimaneva (" iam *fere* conveniat ").

Non si può a meno di ammirare l'acume col quale l' A. ha raccolto gli " historische Reprehensa " (pp. 13-17) di Gaio: non so però con quanta sicurezza si possa trarne argomento pel valore di lui: sappiamo infatti quanti errori storici commettesse il contemporaneo Pomponio, che pur s'era dedicato di proposito a siffatti studii. Nell'esame poi dei " dogmatische Reprehensa " l'A. ora ha fatto troppo calcolo di qualche lieve inesattezza d'espressione, da considerarsi piuttosto come breviloquenza (cfr. D. 18, 1, 35, 5. 19, 2, 25 pr.), ora ha manifestato esigenze troppo gravi, con le quali si coglierebbero in fallo anche Giuliano e Papiniano (per es. § 35, n. VI, pp. 18-19).

Il lavoro si chiude con una serie di questioni speciali su alcune discrepanze delle fonti (pp. 20-25), con la quale l' A. intende dimostrare

---

(*) [Pubblicata nella *Rivista critica di scienze giuridiche e sociali,* vol. II, 1884, pp. 70-71. Una recensione dello stesso opuscolo è nella *Berliner philologische Wochenschrift*, vol. IV, 1884, col. 8-9: ne togliamo qualche aggiunta che riportiamo in nota].

[1] Cfr. Lenz, *Besitz*, 70; Bekker, *Aktionen*, I, 65; etc.

[2] [In *BPhWschr.* (p. 8) si aggiunge: " Uebrigens teilt der Verf. selbst den Hauptfehler des Gaius, indem er *licium* durch " Schurz " übersetzt (ebenso wie Gaius, 3, 192-93, *linteum* sagt): *licium* aber kann wohl nur " Schnur " oder " Faden " bedeuten. Ebenso irrig wird vom Verf. das Wort *nudus* in Sinne von " nackt " verstanden: während *nudus* die alte volkstümliche und gewöhnliche Bezeichnung dessen ist, der nicht mit der toga, sondern lediglich mit der tunica, sodann bloss mit dem Hemde bekleidet ist (vgl. Voigt, *Zwölf Tafeln*, II, 571 f.): — *nudus licio cinctus* heisst daher, dass der Betreffende die toga abzulegen und die tunica mit einem Schnur zu gürten habe "].

che l'autorità di Gaio non può stare a paragone di quella degli altri grandi giuristi di Roma.

Leggendo questo scritto si dovrà pur convenire in complesso con l'A., e si proverà vivissimo il desiderio che egli continui così feconde ricerche.

Paulus Krueger et Guilelmus Studemund, *Gai Institutiones in usum scholarum tertium ediderunt.* - Berolini, apud Weidmannos, 1891 (*).

La terza edizione del primo volume della *Collectio librorum iuris anteiustiniani* porta in fronte ancora i due nomi di Krueger e di Studemund, benchè l'ultimo, purtroppo, per l'immatura sua fine non abbia potuto prendervi nuovamente parte. E con lui, dice bene il Krueger nelle meste parole che aprono la sua prefazione (p. XVI), perì ogni speranza di riempire con l'aiuto del palinsesto veronese le lacune tuttavia esistenti: sicchè da questo lato la nuova edizione non arreca nuovi contributi al testo gaiano. Da ciò però assai male si arguirebbe ch'essa non abbia importanza, mentre anzi il Krueger con l'acume e la prudenza, che siamo soliti ad ammirare in lui, rivide tutto il testo e le note, aggiungendo in queste alcuni utilissimi paragoni. Fra i quali non senza compiacenza accenno ai raffronti coll'indice greco delle Istituzioni imperiali, su cui cfr. il Krueger, l. c.

P. F. Girard, *Textes de droit romain publiés et annotés.* - Paris, Rousseau, 1890 (**).

Nell'anno 1890 si pubblicarono in Francia due eccellenti manuali di testi di diritto romano, quello del Mispoulet e quello del Girard. Ora parliamo dell'ultimo, il quale è anche più completo nel senso che, oltre le reliquie della giurisprudenza pregiustinianea (e — secondo l'uso francese — le Istituzioni di Giustiniano), ci dà le principali leggi, editti e senatoconsulti pervenuti fino a noi, e una buona scelta dei migliori esempi di atti giuridici tratti soprattutto dalle fonti epigrafiche. Un buon commento a questa scelta fatta dall'autore è la sua recente memoria sulla importanza dell'epigrafia per gli studi di diritto romano.

Alle singole fonti precede una breve ed accurata notizia in francese; nelle note si citano opere onde si possono trarre i più opportuni schiarimenti.

La edizione è sempre riprodotta secondo gli usi più recenti e autorevoli. Per cortesia di Teodoro Mommsen, che gli comunicò gli stamponi del terzo volume della *Collectio*, l'A. ha potuto approfittare dei miglio-

---

(*) [In *Riv. it. per le scienze giurid.*, 13, 1892, 258].

(**) [In *Archivio giuridico*, 46, 1891, 250].

ramenti introdotti nel testo dei *Fragmenta Vaticana* e della *Collatio* in quella edizione, che tuttora non ha visto la luce.

Per la copia e la buona scelta dei materiali, l'esattezza delle notizie, l'accuratezza della edizione e la modicità del prezzo, io credo che questo sia nel suo genere il libro più raccomandabile nelle scuole. Esso può tener luogo del Bruns e dello Huschke presi insieme; mentre poi il suo formato è comodo e la stampa chiara.

P. F. Girard, *Textes de droit romain publiés et annotés.* Deuxième édition revue et augmentée. - Paris, Rousseau, 1895 (*).

Ho già avuto occasione di richiamare l'attenzione degli italiani sulla prima edizione di questa eccellente raccolta. Solo cinque anni d'intervallo corrono fra le due edizioni: ed è un indizio importante dello sviluppo rapido e poderoso che questi studi hanno raggiunto in Francia. Così si potesse ripetere di altri paesi!

Il Girard è ormai noto come esperto conoscitore delle fonti e della storia del diritto romano. È quindi superfluo ripetere la lode già attribuita alla prima edizione del suo libro: che risponde, cioè, alle ultime esigenze della scienza e della critica.

Parecchie sono le aggiunte che si trovano nella nuova edizione. Nella categoria delle leggi, oltre il primo senatoconsulto di Frontino, noto soprattutto l'*epistula* di Traiano sui diritti successorii dei figli dei militari, il rescritto di Adriano sulla nomina del presidente della *secta* epicurea, quello di Commodo sul *saltus Burunitanus.*

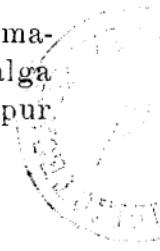
Nella categoria degli scritti dei giuristi fu inserito il breve ma interessante passo delle questioni papinianee ricordato da Armenopulo.

Nella categoria degli atti giuridici troviamo i documenti venuti alla luce negli ultimi tempi, segnatamente in Egitto.

Le notizie, così ricche nella loro brevità, così precise ed eleganti, furono messe al corrente degli ultimi studi; si confronti, per es., quella che precede le Istituzioni giustinianee.

Per la mitezza del prezzo, poi, il manuale non teme confronti e può essere consigliato anche agli studenti.

Rinnoviamo pertanto le nostre congratulazioni al valente e fortunato editore.

B. Brugi, *Un elenco dei giureconsulti romani in un antico manoscritto della Biblioteca universitaria di Padova.* - Padova, 1887 (**).

Dobbiamo essere grati a quel colto ed elegante romanista, che è il prof. Brugi, di averci procurato notizia di un lavoro assai interessante,

(*) [In *Riv. it. per le scienze giurid.*, 20, 1895, 206].
(**) [In *Archivio giuridico,* 39, 1887, p. 263].

contenuto in un codice miscellaneo della Biblioteca universitaria padovana, che porta la segnatura 201 *miscell.* Il manoscritto è del secolo decimoquinto, e tutto porta a credere che all'età medesima debba farsi risalire la compilazione del lavoro di cui parliamo. Esso è in sostanza un tentativo di letteratura del diritto romano, per quanto ci è nota dai Digesti. Il compilatore propone un elenco dei *nomina iurisconsultorum qui condiderunt leges quas habemus in volumine digestorum*: e con ciò vuole probabilmente riferire non solo gli autori delle opere, che hanno servito alla formazione dei Digesti, ma anche quelli che si trovano soltanto citati in essi. Infatti nell'elenco si adducono moltissimi di questi ultimi e, data la conoscenza non scarsa che dei Digesti mostra l'autore, pare impossibile che li dovesse ritenere per autori di frammenti in essi conservati. L'espressione 'qui condiderunt leges' ammette anche una significazione meno angusta. L'elenco è stato con molta opportunità edito dal Brugi. Fondamento precipuo è stato per il compilatore il frammento pomponiano, ma si aggiunsero ricerche originali e diligenti, frutto delle quali si fu la scoperta di nomi occorrenti assai di raro, come *Fulcinius* e *Cartilius (Cartulius)*; il quale ultimo nome fu avvertito da Agostino (e se ne vantava). Manca il *Fufidius* scoperto poi da Cuiacio. All'elenco dei giuristi segue nel codice una crestomazia di passi dovuti a molti fra i citati autori, allo scopo evidente di dare un saggio delle loro scritture. L'indice di tali testi ci è comunicato dal Brugi.

Ecco dunque un notevole saggio di studi di storia letteraria romanistica fatti in un tempo, in cui niuno li avrebbe immaginati. E valga l'esempio del Brugi per animare i romanisti a quelle ricerche, che pur sempre riescono veramente fruttuose.

INDICE

Le scuole di diritto in Roma antica . . . . *Pag.* 1
Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani (Fabio Mela - Plauzio - Quinto Elio Tuberone) . . . . „ 11
Sesto Pedio . . . . „ 39
Aulo Cascellio e i suoi responsi . . . . „ 53
Viviano — Prisco Fulcinio . . . . „ 71
Atilicinus . . . . „ 87
Postille esegetiche ai frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edittali ad legem Aquiliam . . . . „ 95
Ottaveno e le sue dottrine . . . . „ 113
Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio . „ 145
Intorno all'ordinamento dell'editto pretorio prima di Salvio Giuliano . . . . „ 163
Intorno ai Digesti di Alfeno Varo . . . . „ 169
Ad Gai. 2, 51 . . . . „ 181
Ad Festum 233ª, 3 . . . . „ 185
Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni . . „ 189
I libri ad Plautium di Paolo. . . . . „ 205
I libri di Paolo ad Neratium. . . . . „ 229
Sulle citazioni di Paolo pubblicate dal signor Thomas . . „ 235
I commentarii di Ulpiano e di Paolo “ ad legem Iuliam et Papiam „ . . . . „ 237
I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio “ ad legem Iuliam et Papiam „ . . . . „ 251
Osservazioni sul frammento de formula Fabiana . . . . „ 269
Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano . . . . . „ 277
Intorno alle Istituzioni di Marciano . . . . „ 285
De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea . . „ 291
Nota sull'articolo del prof. C. Appleton . . . . „ 305
Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano. . . . . . „ 307
I frammenti di diritto pregiustinianeo del palinsesto di Autun „ 421
Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun . . . . „ 425

Fragmenta interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia post Aemilii Chatelain et Pauli Krueger curas ediderunt C. Ferrini et V. Scialoja. . . . . . . *Pag.* 437
Arnob. IV, 16 . . . . „ 465
Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice . . . . „ 467
Su le idee giuridiche contenute nei libri V e VI delle Istituzioni di Lattanzio . . . . „ 481
Postille giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcellina . . . . „ 487
Sulla " lex romana utinensis „ . . . . „ 495
— *Recensioni* . . . . „ 497